ذخيرة العقبى

في شرح

صدر الشريعة العظمى

(حاشية على شرح الوقاية للمحبوبي)

تأليف العلامة الفقيه

يوسف بن جنيد التوقادي الرومي الحنفي

المعروف بـ أخي چلبي

المتوفى سنة (٩٠٥ هـ)

وعليه

منهوات المؤلف رحمه الله

(يطبع لأول مرة)

محقق على خمس نسخ للحاشية، وخمس للشرح، ونسختين للمتن

مع تقريرات منتقاة من شروح الوقاية، وعمدة الرعاية

حققه وكتب دراسته

محمد عبد القادر العمر

المجلد الرابع

دار الرياحين

للنشر والتوزيع

ذخيرة العقبى

في شرح

صدر الشريعة العظمى

(حاشية على شرح الوقاية للمحبوبي)

٤

المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(٥٩٠٩/ ١٠/ ٢٠٢٥)

بيانات الفهرسة الأولية للكتاب:

عنوان الكتاب: ذخيرة العُقبى في شرح صدر الشَّريعة العُظمى.

تأليف: يوسف بن جُنيد التُّوقاديُّ (ت ٩٠٥ هـ).

تحقيق: محمَّد عبد القادر العمر.

رقم الإيداع: لدى دائرة المكتبة الوطنية (٥٩٠٩/ ١٠/ ٢٠٢٥).

بيانات النشر: عمَّان، دار الرياحين للنشر والتوزيع، (٢٠٢٥).

الوصف المادي: ٣٤٠٠ صفحة.

رقم التصنيف: ٠٧١, ٢٧١.

المواصفات: الفقه الحنفي، الفقه الإسلامي، الأحكام الشرعية، العبادات والمعاملات.

الطبعة: الطبعة الأولى.

الإخراج الفني: مركز عِلم المخطوطات وتحقيق النُّصوص - سلطنة عُمان.

يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة.

الطَّبعة الأولى: ١٤٤٦هـ/٢٠٢٦م

ISBN : 978-9923-837-79-5

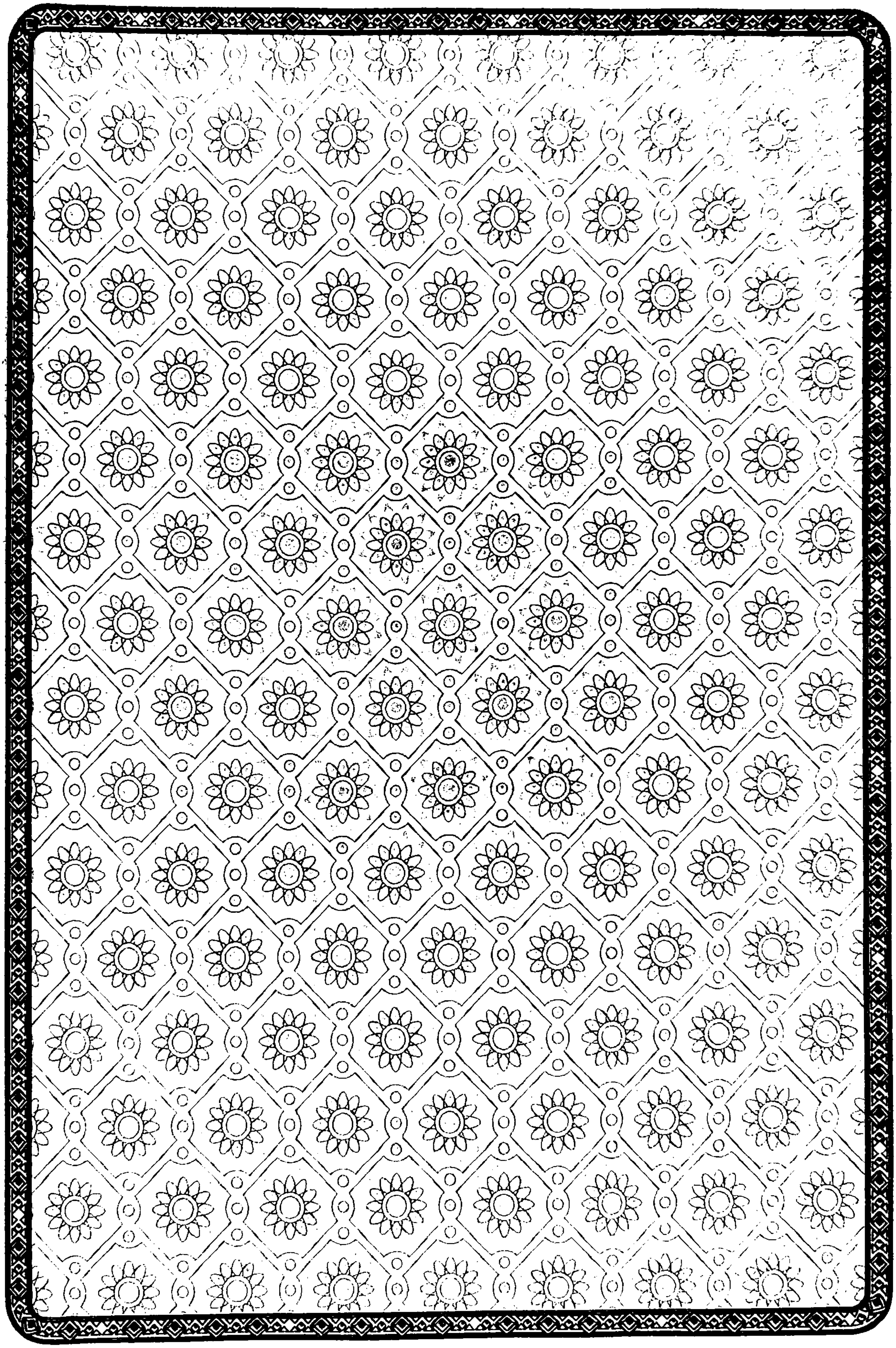
9 789923 837795

دار الرياحين للنشر والتوزيع

عمان - الأردن
جـــوال: 00962790474491
darlrayaheen.jo@gmail.com
بيروت - لبنان
هـاتـف وفـاكـس: 009611660162
جـــوال: 009613602762
dar.alrayaheen@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ البَيْعِ



كتاب البيع

ذخيرة العقبى

بسم الله الرحمن الرحيم(١)

كتاب البيع(٢)

هو منَ الأضداد، يُقالُ على الإخراج عنِ المِلك والإدخالِ فيه، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يخطِبُ الرَّجلُ على خِطبة أخيه، ولا يبيعُ على بيعِ أخيه**»(٣)؛ أي: لا يشتري على شراء أخيه؛ لأنَّ المنهيَّ عنه هو الشِّراءُ لا البيع، ويقعُ غالبًا على إخراج المبيعِ عنِ المِلك قصدًا، ويتعدَّى(٤) إلى المفعول الثَّاني بنفسه وبالحرف، نحو: باعَه الشَّيء، وباعَه منه.

والشِّراءُ كذلك منَ الأضداد، قال اللهُ تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ﴾ [يوسف: ٢٠]؛ أي: باعوه، ويقعُ غالبًا على إخراج الثَّمن عنِ المِلك قصدًا، فلمَّا كان البيعُ في الأصل مصدرًا: كان المقتضى إتيانُه بلفظ المفرَدِ كما فعلَه المصنِّفُ، وأمَّا جمعُه كما في أكثر المعتبَرات: فعلى تأويل الأنواعِ التي أربعةٌ منها باعتبار المَبيع، وأربعةٌ منها باعتبار الثَّمن، وقيل: أنواعُ البيعِ ترتقي إلى عشرينَ نوعًا أو أكثر(٥)،

---

(١) في (ح١) زيادة قوله: «استعنَّا بعونك يا معين فأعن»، وفي (ح٢): «ربِّ تمِّم بالخير».

(٢) مناسبته للوقف من حيث إنَّ كلًّا منهما يزيل المِلك، ففي الوقف: يزول عن مِلك الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل في مِلك المشتري، وإنَّما قدَّم الوقف ولم يعكس؛ لأنَّه كالمفرد، والبيع كالمركَّب من حيث إنَّ الوقف فيه زوالٌ ودخولٌ، والمفرد سابقٌ على المركَّب، كذا في «غاية البيان»: (٩/ ٣٣١) (مِنهُ).

(٣) أخرجه البخاريُّ (٢١٤٠) ومسلمٌ (١٤١٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) في (ح١) و(ح٢) و(ح٤): «وتعدَّى»، وفي (ح٣): «ويُعدَّى».

(٥) وذلك لأنَّه إمَّا بيع سلعةٍ بمثلها فيُسمَّى مقايضةً، ويكون كلُّ واحدٍ منهما مبيعًا وثمنًا، =

[تعريفه، وبِمَ يَنعقد؟]

(هو مُبادَلَةُ مالٍ بمالٍ[١]، يَنعَقِدُ(١)[٢] بإيجابٍ وقَبولٍ، ....

ذخيرة العقبى

والكلُّ مذكورٌ في «النِّهاية»(٢).

[١] **قولُه:** (مُبادَلَةُ مالٍ بمالٍ) أي: بطريق التِّجارة، فلا يرِدُ مبادلةُ رجلَين بمالهما بطريق التَّبرُّعِ أوِ الهبةِ بشرط العِوَض، فإنَّها ليس(٣) ببيعٍ ابتداءً وإن كان في حكمه بقاءً.

[٢] **قولُه:** (يَنعَقِدُ) الانعقاد: عبارةٌ(٤) عنِ انضمام كلامِ أحدِ العاقدَينِ(٥) إلى الآخر على وجهٍ يظهرُ أثرُه في المحلِّ شرعًا، فالبيعُ: عبارةٌ عن أثرٍ شرعيٍّ يظهرُ في المحلِّ عند الإيجاب والقَبول، حتَّى يكونَ العاقدُ قادرًا على التَّصرُّف، وإليه أشارَ بقوله: «ينعقِد» حيثُ لم يقل: البيع هذانِ اللَّفظان، والإيجابُ عبارةٌ عمَّا يتقدَّمُ من أحد العاقدَينِ من قولهما: «بعتُ» و«اشتريت»، وظهرَ منه أنَّ القَبولَ عبارةٌ عمَّا

= أو بيعها بالثَّمن ويُسمَّى بيعًا؛ لكونه أشهرَ الأنواع، أو بيع الثَّمن بالثَّمن؛ كبيع النَّقدين، ويُسمَّى صَرفًا، أو بيع دينٍ بعينٍ ويُسمَّى سَلَمًا، [هذه هي]* الأربعة التي باعتبار المبيع، وأمَّا باعتبار الثَّمن: فلأنَّ الثَّمن الأوَّل إن لم يُعتبَر: يُسمَّى مساومةً، أوِ اعتُبِر مع زيادةٍ: يُسمَّى مرابحةً، أو بدونها: يُسمَّى توليةً، أو مع النَّقص: يُسمَّى وضيعةً، كذا في «الكفاية»: (٥/ ٤٥٥)، و«الكافي»: (٦/ ١٤١) (مِنهُ). وقوله: «مقايضةً» في «الكفاية»: «مقابضةً»، وما أثبتُّه موافقٌ لـ «الكافي».

* في (ح١) و(ح٤) و(ح٥): «هذا هو»، والمثبت الصَّواب.

(١) في (ش٢) و(ش٣): «المال بالمال» بدل: «مالٍ بمالٍ»، وفي (م٢): «يُعقدُ».

(٢) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٢٤٨).

(٣) في (ح٥): «فإنَّهما ليسا».

(٤) كتب على هامش (ح٤): العبارة مأخوذةٌ من العبور للوصول إلى المرام.

(٥) في (ح٢) و(ح٣): «المتعاقدين».

بلَفظَي ماضٍ[١] ....

ذخيرة العقبى

يتأخَّرُ منهما، هذا مختارُ صاحبِ «الكفاية»(١) وغيرِه، وفيه بحثٌ؛ لأنَّ المتبادَرَ منه كونُ الإيجابِ والقَبولِ خارجَينِ منه آلتَينِ له، معَ أنَّهما من أركانه قطعًا، وقد صرَّحَ به الشَّارحُ في أوَّل النِّكاحِ حيثُ قال: «كالبيع، فإنَّ الشَّرعَ يحكمُ بأنَّ الإيجابَ والقَبول» إلى قوله: «لأنَّ كونَهما أركانًا يُنافي ذلك»، فليُرجَعْ إليه(٢).

ويُمكنُ التَّوفيقُ بأن يُقال: إنَّ ذلك المعنى الشَّرعيَّ أمرٌ خفيٌّ، والإيجابُ والقَبولُ أمرانِ ظاهرانِ يدلَّانِ عليه، فجُعِلا مناطَ الأمر، وأُقيما مقامَ ذلك المعنى الشَّرعيِّ على ما عُرِفَ في قانون الشَّرع، ولم يُبالَ بإطلاق اسمِ الرُّكنِ عليهما بهذا الاعتبار.

وتلخيصُه: أنَّ لفظَ البيعِ كما يُطلَقُ على ذلك المعنى الشَّرعيِّ: يُطلقُ على نفس الإيجابِ والقَبولِ المرتبطَينِ ارتباطًا شرعيًّا، فالإيجابُ(٣) والقَبولُ على الأوَّل: آلةٌ، وإطلاقُ اسمِ الرُّكنِ عليهما مجازٌ، وعلى الثَّاني: لا مجازَ فيه.

[١] **قولُه**: (بلَفظَي ماضٍ) يعني: لا ينعقدُ إذا كان أحدُهما مستقبَلًا؛ لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعملَ فيه لفظَ الماضي الذي يدلُّ على تحقُّق وجودِه، فكان الانعقادُ مقتصرًا عليه، ولأنَّ لفظَ المستقبلِ إن كان من جانب البائع: كان عِدَةً، وإن كان من جانب المشتري: كان مساوَمةً وطلبًا، والطَّلبُ أمرٌ، والإيجابُ أمرٌ آخر.

قيل: هذا إذا لم ينوِ به الحال، فإذا نواه: انعقدَ به أيضًا.

---

(١) «الكفاية»: (٥/ ٤٥٦).

(٢) ينظر: (٢/ ٥٥٦).

(٣) فالمراد منه ههنا: هو الإثبات، لا إلزام حكمٍ على وجهٍ يأثم صاحبه عند تركه؛ لأنَّه لا ولاية لأحدهما على الآخر، كذا في «الكفاية»: (٥/ ٤٥٧) (مِنهُ).

وبتَعاطٍ[١] في النَّفيسِ والخَسيسِ) فمبادلةُ المالِ بالمال علَّةٌ صوريَّةٌ للبيع، والإيجابُ والقَبولُ والتَّعاطي علَّةٌ مادِّيَّةٌ له، والمبادلةُ تكونُ بين اثنَينِ(١)، فهما العلَّةُ الفاعليَّة[٢].

ذخيرة العقبى

لا يُقال: النيَّةُ إنَّما تعملُ في المحتمَلات، لا في الموضوعات الأصليَّة، والمضارعُ عند الفقهاء حقيقةٌ في الحال، فلا يحتاجُ إلى النيَّة.

لأنَّا نقول: إنَّ كونَه حقيقةً في الحال مختصٌّ بغير البيوع، والحقيقةُ الشَّرعيَّةُ فيها هو لفظُ الماضي، والمضارعُ فيها مجازٌ يحتاجُ إلى النيَّة، كذا في «العناية»(٢).

[١] قولُه: (بتَعاطٍ) وهو في الأصل: التَّناول، من قولك: «فلانٌ يتعاطى هذا الأمر»؛ أي: يخوضُ فيه ويتناولُه، والمرادُ ههنا: إعطاءُ المبيعِ والثَّمنِ منَ الجانبَين بلا إيجابٍ وقَبولٍ.

[٢] قولُه: (فهما العلَّةُ الفاعليَّة) وإنَّما لم يذكرِ(٣) الغائيَّةَ التي هي المصالحُ المترتِّبةُ على البيع؛ اكتفاءً بذكرها في النِّكاح، كذا قيل.

لا يُقال: قدِ اشتركَ في هذا المعنى سائرُ العللِ المذكورةِ ههنا، فلمَ لمْ يكتفِ بذكرها هناك؟

لأنَّا نقول: لا يكفي في الاكتفاء مجرَّدُ الذِّكرِ السَّابق؛ بل لا بدَّ أن يكونَ منَ الظُّهور بحيثُ لا يشتبهُ على أحدٍ كالغائيَّة، بخلاف العللِ الباقية، فإنَّها لا ريبَ في خفائها بالنِّسبة إليها، فليُتأمَّلْ.

---

(١) في (ش٢): «يكون» بدلَ «تكون». وفي (ش٥): «الاثنَين».
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٥٠).
(٣) في (ح٣) زيادة: «العلَّة».

ولم يقل: «على سبيل التَّراضي»؛ ليشملَ(١) ما لا يكونُ بالتَّراضي؛ كبيع المُكرَه؛ فإنَّه بيعٌ منعقدٌ[١] (هو الصَّحيحُ).

إنَّما قال هذا؛ لأنَّ عند البعض(٢) إنَّما ينعقدُ بالتَّعاطي في الخسيس لا في النَّفيس[٢]، والتَّعاطي عند البعض: الإعطاءُ منَ الجانبَين(٣)[٣]، ويكفي عند البعض من أحد الجانبَين(٤)، ....

[١] **قولُه**: (فإنَّه بيعٌ مُنعقِدٌ) وإن لم يلزمْ، قيل: ويجوزُ أن يكونَ تركُه اعتمادًا على ما فُهِمَ التزامًا من لفظ المبادَلة؛ لأنَّها منَ الأفعال الصَّادرةِ عن محالِّها بالرِّضاء غالبًا، معَ حصولِ الاختصارِ المناسبِ للمتن، كذا في «الكوسجيَّة»(٥).

[٢] **قولُه**: (في الخسيسِ لا في النَّفيس) قيل: المرادُ بالنَّفيس: ما يكثرُ ثمنُه؛ كالعبيد والإماء، ومنَ الخسيس: ما يقِلُّ ثمنُه؛ كالبقل، والرُّمَّان، والخبز، واللَّحم، وقد يُفسَّرُ الأوَّلُ بما يكونُ قيمتُه مثلَ نصابِ السَّرقةِ أو فوقَه، والثَّاني بما يكونُ قيمتُه دونَ نصابِها.

[٣] **قولُه**: (الإعطاءُ منَ الجانبَين... إلخ) يعني: يُشترَطُ في لزوم بيعِ التَّعاطي: الإعطاءُ منهما عند شمس الأئمَّةِ الحُلوانيِّ، ومن أحدهما عند محمَّدٍ، كذا في «النِّهاية»(٦).

(١) في (ش٢): «لشمل».
(٢) وهو الإمام الكرخيُّ. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٦).
(٣) قاله الطَّرسوسيُّ، واختاره البزَّازيُّ، وأفتى به الحُلوانيُّ. «الدُّرُّ المختار»: (ص: ٣٩٥).
(٤) وقال الإمام الحصكَفيُّ: وبه يُفتى. «الدُّرُّ المختار»: (ص: ٣٩٥).
(٥) «الكوسجيَّة»: (ق: ١٨٨).
(٦) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٢٥٣).

كما إذا ساومَ[١] وأخذَ المبيعَ(١) ولم يكن معه وعاءٌ ليجعلَ المبيعَ فيه، فكالَه(٢) ففارقَه، فجاءَ بالوِعاء وأعطى الثَّمنَ: فهو جائزٌ.

ولو قال: «كيف تبيعُ الحِنطةَ؟»[٢] فقال: «قفيزًا(٣) بدرهمٍ»، فقال: «كِل لي(٤) خمسةَ أقفِزةٍ»، فكال، فذهبَ بها: فهذا بيعٌ، وعليه خمسةُ دراهمَ.

(وإذا أوجَبَ واحِدٌ، قَبِلَ الآخَرُ في المَجلِسِ كُلَّ المَبيعِ بكُلِّ الثَّمَنِ أو تَرَكَ، إلَّا إذا بَيَّنَ ثَمَنَ كُلٍّ) أي إذا قال: «بعتُ هذا بدرهمٍ، وذلك بدرهمٍ»، فقبِلَ أحدُهما بدرهمٍ: يجوز.

---

[١] **قولُه**: (كما إذا ساومَ) من: سامَ البائعُ السِّلعة: عرضَها وذكرَ ثمنَها، وساومَها المشتري بمعنى: استامَها، كذا في «المُغرب»(٥).

أقول: هذا مثالٌ للتَّعاطي من جانب المشتري فقط، وفائدةُ فرضِ المساومةِ تعيينُ الثَّمن، وفرضُ عدمِ الوِعاء، والمفارَقةُ المتعقِّبةُ للمساومة لتحقيق عدمِ التَّعاطي من جانب البائع، وفقدانِ الإيجابِ والقَبول.

[٢] **قولُه**: (ولو قال: «كيفَ تبيعُ الحِنطةَ؟») **أقول**: هذا مثالٌ للتَّعاطي من جانب البائعِ فقط، واعتبارُ ذهابِه بالأقفزة ودَينُ الخمسةِ عليه؛ لتحقيق عدمِ التَّعاطي من جانب المشتري، وإنَّما لم يُمثِّلْ للتَّعاطي منَ الجانبَين؛ لأنَّه لا خلافَ فيه لأحدٍ ممَّن

---

(١) قوله: «وأخذَ المبيعَ»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(٢) «فكاله»: سقط من (ش٢) و(ش٣).

(٣) القَفيز الشَّرعيُّ: (٤٤، ٣٤٠) لترًا، يُساوي: (٣٩١٣٨) غرامًا من القمح. «معجم لغة الفقهاء»: (١/ ٣٦٨).

(٤) قوله: «كِل لي» في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «كِلني».

(٥) «المغرب»: (سوم).

(وما لم يَقبَل(١): بَطَلَ الإيجابُ إن رَجَعَ الموجِبُ، أو قامَ أيُّهما[١] عن مَجلِسِهِ، وإذا وُجِدا(٢): لَزِمَ البَيعُ) أي: لا يثبتُ خيارُ المجلس، خلافًا للشَّافعيِّ(٣)[٢].

ذخيرة العقبى

يقولُ بالتَّعاطي، وأوضحُ أمثلةِ تعاطي أحدِ الجانبَين: أن يضعَ فَلسًا، ويأخذَ قطعةَ حَلْواءٍ مقدَّرةً به.

[١] **قولُه**: (أو قامَ أيُّهما) فإنَّ القيامَ دليلُ الإعراض، والدَّلالةُ تعملُ عملَ الصَّريح.

فإن قيل: هذا إذا لم يوجَدْ(٤) صريحٌ يُعارِضُه، وههنا لو قال بعد القيام: «قبلت»: كان ينبغي أن ينعقد، وليس كذلك.

قلنا: الصَّريحُ إنَّما وُجِدَ بعد عمل الدَّلالة، فلا يُعارِضُها؛ لأنَّه انفسخَ بمجرَّد القيامِ ما كان موقوفًا، والمفسوخُ(٥) لا تلحقُه الإجازة.

[٢] **قولُه**: (خلافًا للشَّافعيِّ) فإنَّه قال: إنَّ لكلِّ عاقِدٍ(٦) منَ العاقدَينِ بعد تمام العقدِ أن يردَّ العقدَ بدون رضاءِ صاحبِه ما لم يتفرَّقا بالأبدان؛ استدلالًا بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**المتبايعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا**»(٧).

---

(١) أي: ما دام لا يقبل الآخر. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٦).

(٢) أي: الإيجابُ والقَبول. «فتح باب العناية»: (٢/ ٢٩٩). وفي بعض نُسخ الشَّرح: «وُجِدَ أُلزِمَ البيعَ»، الصَّواب المثبَت.

(٣) فإنَّ عنده لكلٍّ من العاقدين ردَّ العقد ما لم يتفرَّقا بالأبدان. ينظر: «نهاية المحتاج»: (٤/ ٤).

(٤) زاد في (ح٣): «دليل».

(٥) في (ح٥): «المنسوخ».

(٦) سقط من جميع النُّسخ عدا (ح١).

(٧) أخرجه البخاريُّ (٢٠٧٩)، ومسلمٌ (١٥٣٢) من حديث حكيم بن حِزامٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ولمَّا ذكرَ الإيجابَ والقَبولَ: أراد أن يذكُرَ الثَّمنَ والمَبيع[١]، وإنَّما قدَّمَ ذِكرَ الثَّمنِ؛ لأنَّه وسيلةٌ إلى حصول المبيع، وهو المقصود، والوسائلُ متقدِّمةٌ على المقاصد، فقال:

[الثَّمنُ الذي يصحُّ به البيع]

(وصَحَّ البَيعُ(١) في العِوَضِ المُشارِ إليهِ[٢] بلا عِلمٍ بقَدرِهِ ووَصفِهِ(٢)، لا في غيرِ المُشارِ إليهِ[٣]) فإنَّه حينَئذٍ لا بدَّ من(٣) أن يذكُرَ قدرَه ووصفَه.

---

[١] **قولُه**: (أن يذكُرَ الثَّمنَ والمَبيع) قدِ اضطربَ كلماتُ الكَمَلةِ في التَّفرقة بينَهما، وقد نقلَ الأكملُ أكثرَها، ثمَّ قال بعده(٤): ((وأقول: الأعيانُ ثلاثةٌ: ١- نقودٌ؛ أعني: الدَّراهمَ والدَّنانير. ٢- وسِلَعٌ؛ كالثِّياب، والدُّور، والعبيد، وغيرِ ذلك. ٣- ومقدَّراتٌ؛ كالمكيلات، والموزونات، والعدديَّاتِ المتقارِبة.

وبيعُ غيرِ النَّقدَينِ بالنَّقدَينِ يشتملُ على المبيع المحضِ والثَّمنِ المحض، وما عدا ذلك: فهو متردِّدٌ بينَ كونِه مبيعًا وثمنًا، والتَّميُّزُ في اللَّفظ بدخول الباءِ وبعدمه)).

[٢] **قولُه**: (في العِوَضِ المُشارِ إليهِ) إلَّا في الأموال الرِّبويَّة، فإنَّ الأعواضَ إذا كانت منها؛ كالدَّراهم، والدَّنانير، والحِنطة، والشَّعيرِ إذا بيعَت بجنسها عند جهالةِ مقدارِها: لا يجوزُ وإن أُشيرَ إليها؛ لاحتمال الرِّبا، وإنَّما تركَ المصنِّفُ هذا الاستثناء؛ لأنَّه ممَّا يتعلَّقُ بالرِّبا، وهذا البابُ ليس لبيانه.

[٣] **قولُه**: (لا في غيرِ المُشارِ إليهِ) أي: لا يصحُّ في الأعواض التي لا يُشارُ

---

(١) «البيع»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(م٢).

(٢) في (ش٣) و(م٢): «وصفتِه».

(٣) «من»: سقط من (ش١) و(ش٤).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٦٢).

(وبثَمَنٍ حالٍّ، وإلى أجَلٍ عُلِمَ).

(وبالثَّمَنِ المُطلَقِ) أي: إن لم يذكُر صفتَه بأن قيل[١]: «بعتُ بعشَرة دراهمَ»

ذخيرة العقبى

إليها؛ لأنَّ شرعيَّةَ المعاملاتِ لقطع المنازعاتِ المفضيةِ إلى الفساد، فإذا لم يكنْ مشارًا إليها: لا يمكن التَّسليمُ والتَّسلُّمُ إلَّا بذكر القدرِ والصِّفة، فلم يصحَّ العقدُ بدون ذكرِهما؛ لفوات الغرضِ المطلوبِ منه عند الأئمَّةِ الأربعة، كذا في «معراج الدِّراية»(١).

[١] قولُه: (أي: إن لم يذكُرْ صفتَه بأن قيل:... إلخ) أي: إن بيَّنَ قدرَه ولم يُبيِّنْ صفتَه، حيثُ لم يقلْ: «إنَّها بُخاريَّةً» أو: «سمرقنديَّةً»، وإنَّما خصَّ عدمَ الذِّكرِ بأحدهما؛ لأنَّه إن لم يذكرْهما: كان عينَ المسألةِ التي ذكرَها بقوله: «وصحَّ في العوض المشارِ إليه... إلخ»، وإنْ ذكرَهما: كان عينَ المسألةِ التي ذكرَها بقوله: «لا في غير المشارِ إليه»، كذا فُهِمَ من تقرير «الكفاية»(٢).

لا يُقال: هذا مخالفٌ لقوله قُبيلَ هذا: «فإنَّه حينئذٍ لا بدَّ من أن يذكرَ قدْرَه وصفتَه»؛ لأنَّه لا ريبةَ في أنَّ المرادَ بالثَّمن المطلق: ما لا يُشارُ إليه، فينبغي أن يجبَ ذِكرُ وصفِه أيضًا، كما يجبُ ذكرُ قدْرِه ونوعِه.

لأنَّا نقول: لا مخالفةَ ههنا أصلًا؛ لأنَّ إطلاقَ الثَّمنِ توصيفٌ له بنقد البلدِ حكمًا؛ لأنَّ المتعارَفَ بينَ النَّاسِ المعاملةُ بالنَّقد الغالب، فكان التَّعيينُ بالعرف كالتَّعيينِ بالنَّصِّ، وانصرفَ مطلَقُ التَّسميةِ إليه، كيف وفيه التَّحرِّي للصِّحَّة، وأمورُ عقلاءِ المسلمينَ محمولةٌ على الصِّحَّة والسَّداد؛ إذِ العقلُ والدِّينُ يمنعانِ عنِ الفساد، كذا في «الكافي»(٣).

---

(١) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٥٨٠). (٢) «الكفاية»: (٥/ ٤٦٨).

(٣) «الكافي»: (٦/ ١٥٢).

(فإنِ استوَتْ ماليَّةُ النُّقودِ[١]: فعلى ما قُدِّرَ بهِ مِن أيِّ نَوعٍ شاءَ(١)) أي: يقعُ البيعُ على عشَرة دراهمَ من أيِّ نوعٍ كان؛ أي(٢): يُعطي المشتري أيَّ نوعٍ شاءَ[٢] (وإنِ اختَلَفت[٣]: فعلى الأروَجِ، وفَسَدَ إنِ استوى رَواجُها) أي: في صورة اختلافِ ماليَّةِ النُّقودِ (إلَّا إن يُبيَّنَ أحدَها(٣)) أي: أحدَ النُّقود، وهذا استثناءٌ منقطعٌ؛ لأنَّ البحثَ في البيع بالثَّمن المطلَق، فلا يكونُ حالُ بيانِ أحدِ النُّقودِ من جنس أحوالِ إطلاقِ الثَّمن.

ثمَّ بعدَ ذِكر الثَّمنِ شرعَ في ذِكر المبيعِ فقال:

ذخيرة العقبى

وفي «الدِّراية»(٤): ((إنَّما أوردَ مسألةَ إطلاقِ الثَّمنِ؛ ليتبيَّنَ أنَّ تعريفَ الصِّفةِ كما يحصلُ بالتَّنصيص: يحصلُ بطريق الدَّلالةِ باعتبار العرفِ وكثرةِ الاستعمال)).

[١] **قولُه**: (إنِ استوَتْ ماليَّةُ النُّقود... إلخ) فيه بحثٌ؛ لأنَّ هذا الحكمَ إنَّما يتأتَّى إذا استوَتْ في الرَّواج أيضًا؛ لأنَّه إذا اختلفَت فيه: فيقعُ على الأروَج كما صُرِّحَ به في المطوَّلات، فالأنسبُ أن يُقيَّدَ بالتَّساوي فيه أيضًا، فليُتأمَّلْ.

[٢] **قولُه**: (يُعطي المشتري أيَّ نوعٍ شاءِ) مثلًا إذا باعَ عبدًا بألف درهمٍ: فله أن يُعطيَ ألفًا منَ الأُحاديِّ، أو ألفينِ منَ الثُّنائيِّ، أو ثلاثةَ آلافٍ منَ الثُّلاثيِّ، كذا في «الغُرر» نقلًا منَ «الكافي»(٥).

[٣] **قولُه**: (وإنِ اختَلَفت) يعني: في الماليَّة والرَّواجِ معًا.

---

(١) في (ب، د): «كان»، و«شاء»: سقط من (ش١) و(ش٥) و(م٢).

(٢) في (ش٣) زيادة: «جاز أن».

(٣) في (ش١) و(ش٣) و(م٢): «أحدَهما».

(٤) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٥٨٢).

(٥) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ١٤٦)، و«الكافي»: (٦/ ١٥٣).

[ما يصحُّ في تقدير المَبيع، وما لا يصحُّ]

(وفي الطَّعامِ والحُبوبِ[١] كَيلًا(١) وجِزافًا[٢] إن بيعَ بغيرِ جِنسِهِ[٣]،

ذخيرة العقبى

اعلمْ أنَّ اختلافَ نقودِ البلدِ أربعةُ أنواعٍ:

الأوَّل: أن يكونَ في الاسم فقط معَ الاستواءِ في الماليَّة والرَّواج؛ كالمِصريِّ والدِّمشقيِّ، وهو ما ذكرَه المصنِّفُ بقوله: «فإنِ استوتْ» بقرينة قولِه: «فعلى ما قُدِّرَ به»؛ لأنَّه لوِ استوَتْ في الأولى دونَ الثَّانية - وهو **الثَّاني** منَ الاحتمالات الأربعة -: لكان جزاؤُه: «فعلى الأروَج»، ولم يذكرْه المصنِّفُ لظهوره.

والثَّالث: أن يكونَ فيهما معًا، وهو ما ذكرَه بقوله: «وإنِ اختلفَتْ: فعلى الأروَج».

والرَّابع: أن يكونَ في الأولى دونَ الثَّانية، وهو الذي ذكرَه بقوله: «وفسد... إلخ».

[١] **قولُه:** (وفي الطَّعامِ والحُبوبِ) المرادُ بالأوَّل: الحِنطةُ ودقيقُها؛ لأنَّه يقعُ عليهما عرفًا كما سيأتي في الوكالة، وبالثَّاني: غيرُهما؛ كالعدس، والحِمِّص، وأمثالِهما.

[٢] **قولُه:** (وجِزافًا) وهو - بكسر الجيمِ - فارسيٌّ معرَّبُ كذاف(٢)؛ أي: باع بيعًا بالحدْس(٣) والظَّنِّ بلا كيلٍ ووزنٍ.

[٣] **قولُه:** (إن بِيعَ بغيرِ جِنسِهِ) قيدٌ للمجازفة فقط، على تقدير كونِه شيئًا يدخلُ

---

(١) أي: بالكيل والوزن.

(٢) في (ح٢): «كذا قو».

(٣) أي: بالتَّخمين.

وبإناءٍ[١] أو حَجَرٍ(١) مُعَيَّنٍ لم يُدرَ قَدرُهُ، وفي صاعٍ في بَيعِ صُبرَةٍ(٢) كُلَّ صاعٍ بكذا) أي: إذا قال: «بعتُ هذه الصُّبرةَ كلَّ صاعٍ بدرهمٍ»: صحَّ في صاعٍ واحدٍ[٢].

ذخيرة العقبى

تحتَ الكيل، وإذا كان قليلًا؛ كالحَفْنة(٣) مثلًا: يجوزُ أن يُباعَ مجازفةً بالحفَنات من جنسٍ واحدٍ.

[١] قولُه: (وبإناءٍ) يعني: ما لا يحتملُ التَّفاوت؛ كما يُعمَلُ منَ الخشب والحديد، وأمَّا ما يحتملُه كالزَّنْبيلِ ونحوِه: فلا.

[٢] قولُه: (صحَّ في صاعٍ واحدٍ) أي: عنده(٤)، وفي جملتها عندهما.

له: أنَّ صرفَ اللَّفظِ إلى الكلِّ متعذِّرٌ؛ لجهالة المبيعِ والثَّمنِ جهالةً تُفضي إلى المنازَعة؛ لأنَّ البائعَ يطلبُ تسليمَ الثَّمنِ أوَّلًا، وهو غيرُ معلومٍ، فيقعُ النِّزاع، فيُصرَفُ إلى الأقلِّ، وهو معلومٌ(٥).

لهما: أنَّ إزالةَ هذه الجهالةِ بأيديهما؛ لأنَّها تُرفَعُ بكيل كلِّ واحدٍ منهما، وما هو كذلك لا يُعَدُّ مانعًا لنفاذ البيع.

---

(١) في (ش١) و(م٢): «وحجَرٍ».
(٢) الصُّبرة: بالضَّمِّ: ما جُمعَ من الطَّعام بلا كيلٍ ووزنٍ، بعضُه فوقَ بعضٍ. «تاج العروس»: (صبر).
(٣) أي: ملء الكفَّين من طعامٍ - بفتح الحاء المهملة، وسكون الفاء -، كذا في «الصِّحاح»: (حفن) (مِنهُ).
(٤) لأنَّه هو القدر المسمَّى، فلو قال: «كلُّ اثنين» أو: «كلُّ ثلاثةٍ بكذا»: صحَّ في جميع ما سمَّى، فالتَّصريح بالواحد مجرَّد تمثيلٍ، كذا في «المغرب»* (مِنهُ). * كذا في النُّسخ، وينظر «درر الحكام»: (٢/ ١٤٧).
(٥) أي: معلوم القدر والثمن، وفيه صيانةٌ كلٍّ منهما من الإلغاء بقدر الإمكان، كذا في «الدِّراية»: (٥/ ٥٨٧) (مِنهُ).

(وفي كُلِّها إن سَمَّى جُملَةَ قُفزانِها[١]) أي إذا قال: «بعتُ هذه الصُّبرة، وهي عشَرةُ أقفِزةٍ، كلَّ قَفيزٍ بدرهمٍ»: صحَّ في الكلِّ.

(وفَسَدَ في الكُلِّ[٢] ....

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (إن سمَّى جُملَةَ قُفزانِها) أو كِيلَ في المجلس، وكان للمشتري الخيار؛ لأنَّه علمَ ذلك الآن، فربَّما كان في حدْسه أو ظنِّه أنَّ الصُّبرةَ تأتي بمقدار ما يحتاجُ إليه فزادَت، وليس له منَ الثَّمن ما يُقابلُه، فلا يُمكنُ أخذُ الزَّائدِ مجَّانًا، وفي تركه تفريقُ الصَّفقةِ(١) على البائع، أو نقصَت فيحتاجُ أن يشتريَ من مكانٍ آخرَ، وهل يوافقُ أو لا؟ فصار كما إذا رآه ولم يكن يراه وقتَ البيع، كذا في «العناية»(٢).

[٢] قولُه: (وفَسَدَ في الكُلِّ... إلخ) يعني: إنْ لم يُسمِّ جملةَ الذُّرعان والشِّياه، حتَّى إنْ سمَّى قبل الافتراق: فهو بالخيار عنده، إن شاء: أخذَ كلَّ الذِّراع بدرهمٍ، أو ترك، وأصلُ ذلك: أنَّ جملةَ الثَّمنِ إذا لم تكنْ معلومةً؛ لعدم تسميةِ جملةِ الذُّرعان: يبطلُ البيعُ عنده، وعندهما: جائزٌ؛ لأنَّ طريقَ المعرفةِ قائمٌ.

لا يُقال: إنَّ ثمنَ الواحدِ معلومٌ.

لأنَّا نقول: كلُّ المبيعِ مجهولٌ؛ لأنَّه لا يُعلَمُ حالَ العقدِ مبلغُ الشِّياهِ والذُّرعان، وكلُّ واحدٍ أيضًا مجهولٌ للتَّفاوت، فلا يُمكنُ الصَّرفُ إلى الواحد، وإنَّما قلنا: إن لم يُسمِّ؛ لأنَّه إن سمَّى بالذُّرعان، أوِ الثَّمن، أو كليهما: جازَ البيع؛ لأنَّهما صارا معلومَينِ بالتَّسمية، كذا في «البيانيَّة»(٣).

---

(١) فيه تأمُّلٌ، حيث جوَّز تفريق الصَّفقة قبيل هذا إذا بيَّن الثَّمن (مِنهُ).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٦٩).

(٣) «غاية البيان»: (٩/ ٣٧٦).

في بَيعِ ثَلَّةٍ[١] أو ثَوبٍ، كُلُّ شاةٍ أو ذِراعٍ بكذا)؛ لأنَّ البيعَ لا يجوزُ إلَّا في واحدٍ، وذلك الواحدُ متفاوتٌ[٢].

(وكذا كُلُّ مَعدودٍ مُتَفاوِتٍ[٣]).

(فإن باعَ صُبرَةً على أنَّها مِئَةُ صاعٍ بمِئَةٍ، وهي(١) أقَلُّ أو أكثَرُ: أخَذَ المُشتَري الأقَلَّ بحِصَّتِهِ، أو فَسَخَ البَيعَ، وما زادَ للبائعِ)؛ لأنَّه لم يبع إلَّا مئةَ صاعٍ، فالزَّائدُ له.

(وإن باعَ المَذروعَ(٢) هكذا(٣): أخَذَ الأقَلَّ بكُلِّ الثَّمَنِ أو تَرَكَ، والأكثَرُ لهُ[٤]

---

[١] قولُه: (في بَيعِ ثَلَّةٍ) - بفتح الثَّاءِ المثلَّثة، وتشديدِ اللَّام -: جماعةُ الغنم، وبضمِّها: جماعةُ الآدميِّين، والمرادُ ههنا: الغنمُ قطعًا.

[٢] قولُه: (وذلك الواحدُ متفاوتٌ) أي: فلا يجوزُ أصلًا.

[٣] قولُه: (وكذا كُلُّ مَعدودٍ مُتَفاوِتٍ) أي: في القيمة؛ كالبِطِّيخ، والرُّمَّان، والسَّفَرجَل، والخشب، والأواني، والأغنام، وغيرِها.

[٤] قولُه: (والأكثَرُ لهُ) الأظهرُ منَ العبارة أن يُقال: «والزَّائد»، أو: «ما فضل عنِ المسمَّى له»؛ أي: للمشتري؛ لأنَّ الأكثَرَ اسمٌ للمجموع، وهو وإن كان له في الواقع، لكنَّ المقصودَ ههنا تعيينُ مَن له الزَّائدُ على المسمَّى من أحد العاقدَين، وهذا في الظُّهور بحيثُ لا يليقُ أن يُلتفَتَ إليه.

---

(١) في (ش٢): «وكان».
(٢) أي: ما يُقاس بالذِّراع.
(٣) أي: قال: «هذا الثَّوب مئة ذراعٍ بعتُها بمئة درهمٍ». «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١١).

بلا خيارٍ للبائعِ)؛ لأنَّ الذِّراعَ(١) وصفٌ في الثَّوب[١]، والمرادُ بالوصف: الأمرُ الذي إذا قام بالمحلِّ: يوجِبُ في ذلك المحلِّ حُسنًا أو قُبحًا، فالكمِّيَّةُ المحضةُ لا تكونُ منَ الأوصاف، بل هي أصلٌ؛ لأنَّ الكمِّيَّةَ عبارةٌ عن قلَّة الأجزاءِ أو كثرتِها، والشَّيءُ إنَّما يوجَدُ(٢) بالأجزاء، والوصفُ ما يقومُ بالشَّيء، فلا بدَّ أن يكونَ مؤخَّرًا عن وجود ذلك الشَّيء، فالكمِّيَّةُ التي يختلفُ بها الكيفيَّةُ كالذِّراع(٣) في الثَّوبِ: أمرٌ يختلفُ به حسنُ المزيدِ عليه.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لأنَّ الذَّراعَ في الثَّوبِ وصفٌ) اعلمْ أنَّ هذه المسألةَ من أشكَلِ مسائلِ الفقه؛ إذ قد مُنِعَ أن يكونَ الذَّرع في المذروعات وصفًا، والاستدلالُ بأنَّه عبارةٌ عنِ الطُّول والعرضِ وهما منَ الأعراض: غيرُ مستقيمٍ؛ لأنَّه كما يجوزُ أن يُقال: شيءٌ طويلٌ أو عريضٌ: يُقال: شيءٌ قليلٌ أو كثيرٌ، ثمَّ عشَرةُ أقفزةٍ أكثرُ من تسعةٍ لا محالة، فكيف جعلَ الذِّراعَ الزَّائدَ وصفًا دونَ القفيز؟ وجوابُه موقوفٌ على معرفة اصطلاحِ القومِ في الأصلِ والوصف، واختلفت كلمةُ الكَمَلةِ في ذلك، وزبدةُ كلماتِ الكُلِّ: أنَّ القلَّةَ والكثرةَ من حَيثُ الكيلُ أوِ الوزنُ: أصلٌ، ومن حيثُ الذَّرعُ: وصفٌ؛ لأنَّ المكيلَ والموزونَ لا يتعيَّبُ بالتَّبعيض، والمذروعَ يتعيَّبُ به كما ذكرَه الشَّارحُ تفصيلًا، وهو اصطلاحٌ وقعَ على ما هو المتعارَفُ بينَ الفقهاء، وإلَّا: فلا يشتبهُ على أحدٍ أنَّ إطلاقَ الوصفِ على الذَّرع القائمِ بنفسه غيرُ مستقيمٍ على المعنى المشهورِ له، هذا زبدةُ ما في «الشُّروح»(٤).

(١) في (ش٣) و(ش٤): «الذَّرع».
(٢) في (ش٢): «يؤخَذ».
(٣) في (ش١) و(ش٣) و(ش٤): «كالذَّرع».
(٤) ينظر: «غاية البيان»: (٩/ ٣٨٢)، و«العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٧٣).

فإنَّ الثَّوبَ إذا كان عشَرةَ أذرُعٍ: يُساوي عشَرةَ دنانير، وإن(١) كان تسعةَ أذرُعٍ: لا يُساوي تسعةَ دنانير؛ لأنَّها لا تكفي جُبَّةً، والعشَرةُ تكفي، فوجودُ الذِّراعِ الزائدِ على التِّسعة: يزيدُ حُسنًا التِّسعة، فيصيرُ كالأوصاف الزَّائدة، فلا يُقابلُها شيءٌ منَ الثَّمن؛ أي: الثَّمنُ لا ينقسِمُ على الأجزاء[١] كما ينقسِمُ في الحِنطة، فإنَّه إذا كان عشَرةَ أقفزةٍ بعشَرة دراهمَ: كان قفيزٌ واحدٌ بدرهمٍ.

ولا كذلك في الثَّوب، فإذا باعَ عشَرةَ أذرُعٍ بعشَرة دراهـمَ(٢)، فكان الثَّوبُ تسعةَ أذرُعٍ كما في مسألتنا: لا يأخذُه بتسعةٍ، بل إن شاء: أخذ بعشَرةٍ، وإن شاء: ترك(٣)، وإن كان زائدًا: كان للمُشتري، فإنَّه باع هذا الثَّوب، فوجدَ المشتري فيه أمرًا مرغوبًا، فكان للمشتري، كما إذا اشترى عبدًا فوجدَه كاتبًا.

(وإن قالَ: «كُلُّ ذِراع بدِرهَمٍ»: أخَذَ الأقَلَّ بحِصَّتِهِ أو تَرَكَ، وكذا الأكثَرَ(٤) كُلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ أو فَسَخَ)؛ لأنَّه أفردَ كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، فلا بدَّ من رعاية هذا المعنى[٢].

---

[١] قولُه: (أي: الثَّمنُ لا ينقسِمُ على الأجزاء)؛ كأطرافِ الحيَوان، فإنَّ مَنِ اشترى جاريةً، فاعوَرَّتْ في يد البائعِ قبل التَّسليم: لا ينقصُ منَ الثَّمن شيءٌ، كذا في «العناية»(٥).

[٢] قولُه: (فلا بدَّ من رعايةِ هذا المعنى) يعني: أنَّ الوصفَ وإن كان تابعًا، لكنَّه يصلُحُ أن يكونَ أصلًا؛ لأنَّه عينٌ يُنتفَعُ به بانفراده، فصار أصلًا بإفراده بذكر الثَّمن،

---

(١) في (ش٢) و(ش٥): «وإذا».

(٢) «دراهم»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(٣) قوله: «وإن شاء ترك»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(٤) قوله: «وكذا الأكثر» في هامش (ش٢): «وكذا أخذُ الأكثرِ»، في (ش٣): «وكلُّ الأكثر»، وفي (ش٥): «وأخذ الأكثر».

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٧٢).

واعلم أنَّ المسألةَ فيما إذا باع ثوبًا على أنَّه عشَرةُ أذرُعٍ بعشَرة دراهمَ، كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ، فإذا هو تسعةُ أذرعٍ، أو أحدَ عشَرَ ذراعًا، حتَّى لو كان تسعةً ونصفًا، أو عشَرةً ونصفًا: فحكمُه ليس كذلك على ما سيأتي في هذه الصَّفحة.

(وصَحَّ بَيعُ عَشَرَةِ أسهُمٍ مِن مِئَةِ سَهمٍ، لا بَيعُ عَشَرَةِ أذرُعٍ مِن مِئَةِ ذِراعٍ[1] مِن دارٍ) هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: صحَّ في الوجهَين؛ لأنَّه باعَ عشرًا مشاعًا منَ الدَّار.

ذخيرة العقبى

فيُنَزَّلُ كلُّ ذراعٍ منزلةَ ثوبٍ واحدٍ، وهذا معنى قولِهم: إنَّ الوصفَ يُقابلُه شيءٌ منَ الثَّمن إذا كان مقصودًا بالتَّناول، فإنَّه إذا صار مقصودًا بالتَّناول حقيقةً؛ كما إذا قطع البائعُ يدَ العبدِ المَبيعِ قبل التَّسليم: سقط نصفُ الثَّمن، أو حكمًا؛ كما إذا امتنعَ الرَّدُّ لحقِّ البائع؛ كتعيُّبِ المَبيعِ عند المشتري، أو لحقِّ الشَّرعِ بأن كان ثوبًا فخاطَه المشتري، ثمَّ اطَّلعَ على عيبٍ: أخذَ شبهًا بالأصل، فأخذَ قسطًا منَ الثَّمن.

اعترِضَ على هذه المسألة: بأنَّ الذِّراعَ لو أمكنَ أن يكونَ أصلًا بذكر الثَّمن: كان أصلًا في المسألة الأولى أيضًا؛ لأنَّه ذكرَ عشَرةَ دراهمَ في مقابلة عشَرةِ أذرعٍ، ومقابلةُ الجملةِ بالجملة تقتضي انقسامَ الآحادِ على الآحاد.

أُجيب: بأنَّ الذَّراعَ أصلٌ من وجهٍ من حيثُ إنَّه من أجزاء العينِ التي هي مَبيعةٌ كالقَفيز، ووصفٌ من وجهٍ من حيثُ إنَّه لا يُقابلُه شيءٌ منَ الثَّمن؛ كالجَمالِ والكتابة، ثمَّ لو جعَلْنا عشَرةَ أذرعٍ منقسمًا على الأفراد عند تركِ ذكرِ كلِّ ذراعٍ: لزِمَ إلغاءُ جهةِ الوصفيَّةِ من وجهٍ، فقلنا بالوصفيَّة عند تركِ ذكرِه، وبالأصليَّة عند ذكرِه؛ عملًا بالشَّبهَين.

(١) «ذراع»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤) و(م٢).

ولَه: أنَّ في الثَّاني المبيعَ محلُّ الذِّراعِ(١)[١]، وهو معيَّنٌ مجهولٌ[٢] لا مَشاعٌ، بخلاف السَّهم.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (المبيعَ محلُّ الذَّراعِ) يعني: أنَّ الذَّرعَ وإن كان حقيقةً في الآلة التي يُذرَعُ بها؛ كالخشبِ مثلًا، لكنَّ إرادتَها ههنا متعذِّرةٌ، فيصيرُ مجازًا لما يحُلُّه من قبيل إطلاقِ الحالِّ وإرادةِ المحلِّ، وما يقعُ عليه الذَّرعُ جزءٌ معيَّنٌ لا شائعٌ؛ لأنَّ الشَّائعَ لا يُتصوَّرُ أن يُذرَع، فلم يصحَّ أن يُستعارَ الذِّراعُ له؛ لأنَّه ليس بمحلٍّ له، فكان المسمَّى في العقد جزاءً معيَّنًا مشخَّصًا؛ لأنَّه فعلٌ حسِّيٌّ يقتضي محلًّا حسِّيًّا، والمشاعُ ليس كذلك، ألا ترى أنَّ العبدَ إذا كان مشترَكًا بينَ اثنَين: فأحدُهما يتمكَّنُ من بيع نصيبِه، لكن لا يتمكَّنُ من ضرب نصيبِه؟ فإنَّ المِلكَ شائعٌ شرعيٌّ، فيكونُ محلًّا للتَّصرُّفات الشَّرعيَّةِ لا الحسِّيَّة.

[٢] قولُه: (مُعيَّنٌ مجهولٌ) يعني: معيَّنٌ باعتبار حلولِ الأمرِ الحسِّيِّ فيه، ومجهولٌ في نفسه، فإنَّ جوانبَ الدَّارِ متفاوتةٌ في الجَودة والماليَّة، فتختلفُ قيمتُها بالضَّرورة، فيؤدِّي إلى المنازَعة المُفضيةِ إلى الفساد، فيصيرُ هو بائعًا في الحقيقة عشَرةَ أذرُعٍ عينًا منَ الدَّار، وتلك الأذرعُ مجهولةٌ في نفسها، فلا يصحُّ بيعُ المجهول، فصار كأنَّه باع بيتًا من بيوت الدَّارِ ولم يُعيِّنِ البيت، أو باع قسمًا منَ الأقسام منَ الدَّارِ المقسومةِ على ثلاثٍ، وهذا لأنَّ القِسمَ ليس باسمٍ للشَّائع؛ بل هو اسمٌ لجزءٍ مقدَّرٍ معيَّنٍ، لكنَّه لمَّا كان مجهولًا في نفسه لجهالة موضعِه: [لم](٢) يجز البيع، بخلاف بيعِ عُشْرِ الدَّار(٣)، وبيعِ عشَرةِ أسهمٍ من مئة سهمٍ منها؛ لأنَّ العشَرةَ اسمٌ لجزءٍ شائعٍ

(١) في (ش٤) و(ش٥): «الذَّرع».
(٢) في النُّسخ: «لمن»، والمثبت من «غاية البيان».
(٣) في (ح٢) و(ح٣): «الدَّراهم»، والمثبت موافقٌ للمصدر.

(ولا بَيعُ عِدلٍ[١] على أنَّهُ عَشَرَةُ أثوابٍ[٢]، وهو أقَلُّ أو أكثرُ)؛ لأنَّه إذا كان أقلَّ: لا يدري ثمنَ ما ليس بموجودٍ[٣]، فيكونُ حصَّةُ الموجودِ مجهولةً، وإن كان أكثرَ:

ذخيرة العقبى

معلوم في نفسه، وكذا السَّهم، فإنَّه حينئذٍ عُشْرٌ أيضًا، والسَّهمُ لا يُشبهُ الذِّراع، ألا يُرى أنَّ ذراعًا من مئة ذراعٍ مثلُ ذراعٍ من عشَرة أذرعٍ لا يزيدُ ولا ينقُص؟ وسهمٌ من مئةٍ ليس مثلَ سهمٍ من عشَرةٍ؟

ولأنَّ السَّهمَ شائعٌ في الكلِّ، فلا يلزمُ فيه جهالةٌ تُفضي إلى المنازعة، فكان صاحبُ عشَرةِ أسهمٍ شريكًا لصاحب تسعينَ سهمًا في جميع الـدَّارِ على قدْر نصيبِهما منها، وليس لصاحب الكثيرِ أن يدفعَ صاحبَ القليلِ من جميع الدَّارِ قدر نصيبه من أيِّ موضعٍ كان، فلا يؤدِّي إلى المنازَعة، فيجوزُ بيعُه وإن لم يعلمْ موضعَ المبيعِ هناك أيضًا، بناءً على أنَّ السَّهمَ شائعٌ في الكلِّ، كذا في «البيانيَّة»(١).

[١] قولُه: (ولا بَيعُ عِدلٍ) عِدلُ الشَّيء - بكسر العينِ -: مثلُه من جنسه في مقداره، ومنه: عِدلُ الحِملِ الذي هو المرادُ هنا.

[٢] قولُه: (على أنَّه عَشَرَةُ أثوابٍ) أي: بعشَرة دراهمَ أو نحوِها؛ لأنَّه لو لم يذكرِ الثَّمنَ أصلًا: لم يتوقَّفْ فسادُ البيعِ على وجود المبيعِ زائدًا أو ناقصًا؛ بل يفسُدُ وإن وجدَه كما سمَّاه، كذا في «المعراجيَّة»(٢).

[٣] قولُه: (لا يدري ثمنَ ما ليس بموجودٍ)؛ لعدم العلمِ بجَودته ووسطيَّته ورَداءتِه، فلا يدري قيمتَه حتَّى تسقطَ حصَّتُه، فكانت جهالتُها توجبُ جهالةَ الباقي منَ الثَّمن، وهذا لأنَّا لو صوَّرنا الفائتَ جيِّدًا: انتقصَ حصَّةُ الباقي، ولو صوَّرناه

(١) «غاية البيان»: (٩/ ٣٨٦).
(٢) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٥٩٩).

لا يكونُ المبيعُ معلومًا[١] (ولو بَيَّنَ لكُلٍّ ثَمَنًا: صَحَّ[٢] في الأقَلِّ بقَدرِه، وخُيِّرَ، وفَسَدَ في الأكثَرِ[٣])؛ لأنَّ المبيعَ مجهولٌ.

(وفي بَيعِ ثَوبٍ[٤] على أنَّهُ عَشَرَةُ أذرُعٍ، كُلَّ ذِراعٍ بدِرهَمٍ: أخَذَ بعَشَرَةٍ في عَشَرَةٍ ونِصفٍ بلا خيارٍ.

وبتِسعَةٍ في تِسعَةٍ ونِصفٍ إن شاءَ.

وقالَ أبو يوسُفَ: إن شاءَ: أخَذَ بأحَدَ عَشَرَ في الأوَّلِ، وبعَشَرَةٍ في الثَّاني.

ذخيرة العقبى

رَدِيًّا: تزيدُ حصَّةَ الباقي، فوضحَ أنَّ ثمنَ التِّسعةِ مجهولٌ، فلا يُشَكُّ في فساده، كذا في «الأكمليَّة»(١).

[١] قولُه: (لا يكونُ المبيعُ معلومًا)؛ لأنَّ الزَّائدَ لم يدخل تحتَ العقد، فيجبُ ردُّه، والأثوابَ مختلفةٌ، فكان المبيعُ مجهولًا جهالةً تُفضي إلى المنازَعة.

[٢] قولُه: (ولو بيَّنَ لكُلٍّ ثَمَنًا: صَحَّ... إلخ) أي: لو قال: «كلُّ ثوبٍ بعشَرةٍ»: جاز البيعُ في فصل النُّقصان؛ لكون الثَّمنِ معلومًا؛ لأنَّه متى سمَّى لكلِّ ثوبٍ عشَرةً: كانت حصَّةُ الفائتِ معلومةً، وهي العشَرة، فيكونُ حصَّةُ الباقي معلومةً، وله الخيار، إن شاء: أخذَ الموجودَ بحصَّته منَ الثَّمن، وإن شاء: ترك؛ لأنَّه تغيَّرَ شرطُ عقدِه.

[٣] قولُه: (وفَسَدَ في الأكثَرِ)؛ لأنَّ المبيعَ مجهولٌ، وذلك لأنَّ العقدَ يتناولُ العشَرة، فعليه ردُّ الثَّوبِ الزَّائد، وهو مجهولٌ، وبجهالته يصيرُ المبيعُ مجهولًا.

[٤] قولُه: (وفي بَيعِ ثَوبٍ... إلخ) الأليَقُ بهذه المسألةِ أن تُذكَرَ قُبيلَ مسألةِ العدل؛ لأنَّها من فروع المسألةِ التي قبلها، لكن في توسيطها فيما بينَهما نكتةٌ لا تخفى.

(١) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٧٦).

وقالَ مُحَمَّدٌ: إن شاءَ: أَخذَ بعَشَرَةٍ ونِصفٍ[١] في الأوَّلِ، وبتِسعَةٍ ونِصفٍ في الثَّاني)؛ لأنَّ من ضرورة مقابَلةِ الذِّراعِ بالدِّرهم مقابلةَ نصفِه بنصفه.

ولأبي يوسُفَ: أنَّه لمَّا أفردَ كلَّ ذراعٍ ببدلٍ: أنزلَ كلَّ ذراعٍ منزلةَ ثوبٍ، وقدِ انتقص[٢].

ولأبي حنيفةَ: أنَّ الذِّراعَ وصفٌ، وإنَّما أخذَ حكمَ المقدارِ بالشَّرط، وهو[٣] مقيَّدٌ بالذِّراع، ففي الأقلِّ عاد الحكمُ إلى الأصل.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وقال محمَّدٌ: إن شاءَ: أخذَ بعَشَرَةٍ ونِصفٍ... إلخ) إنَّما يثبتُ له الخيارُ عند محمَّدٍ؛ لئلَّا يلزمَ عليه من غيرِ اختيارِه زيادةُ الثَّمنِ كما في الوجه الأوَّل، أو نقصانُ المبيعِ كما في الوجه الثَّاني.

[٢] قولُه: (وقدِ انتقص) يعني: قد تقرَّرَ فيما سبق أنَّ الثَّوبَ إذا بِيعَ على أنَّه كذا ذراعًا، فنقص ذراعٌ: لا يسقطُ شيءٌ من الثَّمن، ولكن يثبتُ له الخيار، إن شاء: أخذ الأقلَّ بكلِّ الثَّمن، أو ترك، فكلُّ واحدٍ منَ النِّصفَينِ ههنا بمنزلة ثوبٍ على حِدَةٍ ظهرَ نقصانُه بعد البيع.

وقيل: هذه الأقوالُ الثَّلاثةُ في الثَّوب الذي تتفاوتُ جوانبُه، وفيما يضرُّه التَّبعيض؛ كالقميص، والسَّراويل، والأقبية، والعمائم، أمَّا في الكِرباس الذي لا تتفاوتُ جوانبُه: لا تسلَمُ له الزِّيادة؛ لأنَّه وإنِ اتَّصلَ بعضُه ببعضٍ: فهو في معنى(١) المكيلِ والموزون؛ لعدم تضرُّرِه بالقطع، وعلى هذا قال المشايخ: إذا باع ذراعًا منه ولم يُعيِّنْ موضعَه: جاز كما في الحِنطة إذا باعَ قَفيزًا منها.

[٣] قولُه: (وهوَ مقيَّدٌ بالذِّراع) أي: الشَّرطُ مقيَّدٌ به، ونصفُ الذِّراع ليس بذراعٍ، فكان الشَّرطُ معدومًا، وزال موجِبُ كونِه أصلًا، فعاد الحكمُ إلى الأصل،

(١) «في معنى» في (ح٣): «بمنزلة».

[بيعُ البُرِّ في سنبُله والباقِلاءِ وغيرِه في قِشره]

(وصَحَّ بَيعُ البُرِّ في سُنبُلِه، والباقِلَاءِ[(١)][١] والأَرُزِّ والسِّمسِمِ في قِشرِها) أي: بيعُ البُرِّ في سنبُله: يجوزُ عندنا.

وعنِ الشافعيِّ قولان، وبيعُ الباقلَاءِ الأخضرِ لا يجوزُ عنده[(٢)][٢].

ذخيرة العقبى

وهو الوصف، وصارَتِ الزِّيادةُ على العشَرة والتِّسعة كزيادةِ صفةِ الجَودة، فتسلَمُ له مجَّانًا.

[١] **قولُه**: (والباقِلَّا[(٣)]) بتشديد اللَّامِ والقصر، وإذا قلت: «الباقِلَاء» بالمدِّ: خُفِّفَ اللَّام، كذا في «الصِّحاح»[(٤)(٥)].

والأَرُزُّ - بفتح الهمزةِ وضمِّ الرَّاءِ المهمَلة، آخرُها زاءٌ معجَمةٌ -: حَبٌّ معروفٌ يُقالُ له بالفارسيِّ: برنج.

والسِّمسِم: حَبُّ الحَلِّ، وهو - بفتح الحاءِ المهمَلة -: دُهنٌ يؤخَذُ منه، يُقالُ له بالفارسيِّ: شيروغن.

[٢] **قولُه**: (لا يجوزُ عنده) المتبادَرُ من هذه العبارةِ تخصيصُ تعدُّدِ قولِ الشَّافعيِّ بالسُّنبلة، وليس كذلك، نصَّ عليه صاحبُ «الدِّرايةِ»[(٦)] حيثُ قال: ((وله في بيع

---

(١) الباقلَاء: الفول. «الإبانة في اللُّغة العربيَّة»: (الفول).

(٢) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٣/ ٣٧).

(٣) كُتِبت في النُّسخ: «والباقِلي».

(٤) «الصِّحاح»: (بقل).

(٥) وقد ذكرناه مرَّةً في بحث ما يجوز الوضوء قبيل فصل البئر (مِنهُ). (١/ ٤٥٥).

(٦) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٦٢٣). ينظر لمذهب الشَّافعيِّ: «روضة الطَّالبين»: (٣/ ٥٦٠)، و«العزيز شرح الوجيز»: (٤/ ٣٥٣)، ولمذهب مالكٍ: «الذَّخيرة»: (٧/ ٢١٦).

(والجَوزِ واللَّوزِ والفُستُقِ في قِشرِها الأوَّلِ) إنَّما قال: «في قِشرِها الأوَّلِ»؛ لأنَّ فيه خلافَ الشَّافعيِّ(١)[١]، أمَّا في قِشرها الثَّاني: فيجوزُ اتِّفاقًا.

(وبَيعُ ثَمَرَةٍ لم يَبدُ صَلاحُها، أو قد بَدَا[٢] ويَجِبُ قَطعُها، وشَرطُ تَركِها على الشَّجَرِ: يُفسِدُ البَيعَ، كاستِثناءِ قَدرٍ مَعلومٍ منها) أي: باع الثَّمرَ على النَّخل واستثنى

ذخيرة العقبى

الباقلَاءِ الأخضرِ وجهان، والمنصوصُ أنَّه لا يجوز، وهو ظاهرُ مذهبِه، وقال كثيرٌ من أصحابه(٢): يجوز، وهو قولُنا وقولُ مالكٍ وأحمد، والمختارُ عند الشَّافعيِّ: جوازُ بيعِ الباقلاءِ الأخضر، واللَّوزِ الرَّطب)).

[١] **قولُه**: (لأنَّ فيه خلافَ الشَّافعيِّ) حاصلُ قولِه: أنَّ التَّراضيَ شرطٌ في المعاوَضة، وتمامَ الرِّضاءِ إنَّما يكونُ بالعلم، وكونُه مستورًا يُخلُّ به، فيكونُ مخِلًّا بالتَّراضي، ولفِقدان الرِّضاءِ أثرٌ في الفساد، وعلى هذا ينبغي أن لا يجوزَ عنده في قشره(٣) الثَّاني، لكن باعتبار تعامُلِ النَّاس: أُلحِقَ بما هو المقصود، وهو المعقودُ عليه.

[٢] **قولُه**: (لم يَبدُ صَلاحُها، أو قد بَدَا) أي: لم يظهرْ، منَ البُدوِّ، وهو الظُّهور، لا خلافَ للعلماء في عدم جوازِ بيعِ الثِّمارِ قبل [ظهورها](٤) أصلًا، ولا في جواز بيعِها بعد ظهور صلاحِها لتناول بني آدمَ وعلْفِ الدَّوابِّ، وإنَّما الخلافُ فيما بعد الظُّهور وقبل الصَّلاح لهما:

(١) ينظر المصدر السَّابق.
(٢) هو الإصطَخريُّ كما نصَّ عليه في «معراج الدِّراية».
(٣) في (ح٤): «القشر».
(٤) في جميع النُّسخ: «ظهوره»، والمثبت الصَّواب.

قدرًا معلومًا: لا يجوزُ البيع؛ لأنَّه ربَّما لا يبقى[1] شيءٌ بعد المُستثنى.

(وأُجرَةُ الكَيلِ والعَدَدِ والوَزنِ والـذَّرعِ(1): على البائعِ، وأُجرَةُ وَزنِ الثَّمَنِ ونَقدِهِ: على المُشتَري).

ذخيرة العقبى

- فقال بعضُهم: يجوز؛ لأنَّها مالٌ متقوَّمٌ في الحال، ومنتفَعٌ بها في المآل، فصار كبيعِ ولدِ الحمارِ وولدِ الفرسِ حالَ كونِهما غيرَ منتفعَينِ بهما، والظَّاهرُ من حال البائعِ في تلك الحالة: الإذنُ في التَّرك على الشَّجر إلى حينِ الانتفاعِ بها.

- وقيل: لا يجوز؛ لأنَّه يستحقُّ القطع، فصار كالمقطوع، فلم يكن منتفَعًا به حالًا ومآلًا.

- ونحن نقول: إنَّ لنا فيه نُكتةً، وهي أنَّ العبارةَ الواضحةَ أن يُقال: وبيعُ ثمرةٍ بدا صلاحُها أو لم يَبدُ، كما صرَّحَ بها مفتي الثَّقلَينِ في شرح «وافيه»(2)، ولعلَّ صاحبَ «الهدايةِ»(3) والمصنِّفَ قصَدا بتقديم عدمِ البُدوِّ: الاعتناءَ بشأن محلِّ الخلاف.

[1] قولُه: (لا يجوزُ البيع؛ لأنَّه ربَّما لا يبقى... إلخ)، وأيضًا فيه إفضاءٌ إلى النِّزاع، إذِ المشتري يُطالبُ بالأجود، والبائعُ يُسلِّمُ الأردى، هذا على رواية الحسنِ والطَّحاويِّ، وقيل: هذا أَولى ممَّا في الشَّرح؛ لأنَّه يرِدُ على ظاهره أنَّ هذا إنَّما يستقيمُ في الكثير، وأمَّا في القليل بحيثُ يشهدُ الحسُّ ببقاء الزَّائد: فلا، معَ أنَّهما سواءٌ في عدم الصِّحَّةِ كما قيل، ويؤيِّدُ السُّؤالَ قولُ تاجِ الشَّريعةِ(4): ((إنَّ قولَ صاحبِ

(1) قوله: «والعددِ والوزنِ والذَّرعِ» في (ش٤): «والوزنِ والعددِ والذَّرعِ»، وفي (ش٥): «والوزنِ والذَّرعِ والعددِ».

(2) «الكافي»: (٦/ ١٧٤).

(3) حيث قال: (٣/ ٢٧): ((ومن باع ثمرةً لم يبدُ صلاحها، أو قد بدا: جاز البيع)).

(4) «نهاية الكفاية»: (٢/ ٥) مخطوط.

(وفي بَيعِ سِلعَةٍ بثَمَنٍ: سَلَّمَ هو أوَّلًا، وفي غيرِهِ: سَلَّما معًا) أي: في بيع السِّلعةِ بالثَّمن؛ أي: بالدَّراهم والدَّنانير: سلَّمَ الثَّمنَ أوَّلًا؛ لأنَّ السِّلعةَ تتعيَّنُ بالبيع، والدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا تتعيَّنُ إلَّا بالتَّسليم، فلا بدَّ من تعيُّنه؛ لئلَّا يلزمَ الرِّبا[1].

ذخيرة العقبى

«الهداية»(١): «ويستثني منها أرطالًا معلومةً»، إشارةٌ إلى أنَّ المستثنى لو كان رِطلًا واحدًا: يجوز)).

وأمَّا على ظاهر الرِّواية: يجوزُ هذا الاستثناء، مجذوذةً كانتِ الثَّمرةُ أو غيرَ مجذوذةٍ؛ بناءً على أنَّ ما يجري عليه العقدُ بانفراده: يجوزُ استثناؤه، وما لا: فلا، فإنَّ بيعَ قَفيزٍ من صُبرةٍ: جائزٌ، فكذا استثناؤه، وبيعَ الحَملِ وأطرافِ الحيَوانِ: لا يجوز، فكذا استثناؤه، وهذا لأنَّ الحكمَ فيه يثبتُ بعلَّة الأصل، فلا يستقيمُ استخراجُه عنِ العقد، ودليلُ الموجِبِ في حقِّه قائمٌ، واختار صاحبُ «الكافي»(٢) روايةَ الجواز.

[١] **قولُه**: (لئلَّا يلزمَ الرِّبا(٣)... إلخ) **لا يُقال**: فعلى هذا ينبغي أن لا يجوزَ البيعُ بتأجيل الثَّمن؛ لاستلزامه الرِّبا.

لأنَّا نقول: قد أسقطَ البائعُ هناك حقَّه باختيار التَّأجيل، فيجوزُ له تسليمُ المبيعِ قبل قبض الثَّمن، ولا يُسقطُ المشتري، فيجوزُ له قبضُ المبيعِ قبل تسليم الثَّمن، أمَّا في بيع السِّلعةِ بالثَّمن الحالِّ: فلا يُسقِطُ أحدٌ منَ العاقدَينِ شيئًا من حقِّهما، فيلزمُ الرِّبا؛ لأنَّ النَّقدَ خيرٌ منَ النَّسيئة، ويُمكنُ أن يُجابَ عن أصل السُّؤالِ بأنَّه يجوزُ أن يُقدَّرَ الثَّمنُ في البيع بالمؤجَّل أكثرَ ممَّا في المعجَّل، بحيثُ يُقابلُ كثرةُ المؤجَّلِ الكثيرِ

---

(١) «الهداية»: (٣/ ٢٨).

(٢) «الكافي»: (٦/ ١٨٠).

(٣) الظَّاهر أنَّ المراد بالرِّبا ههنا: المعنى اللُّغويَّ، وهو زيادة المبيع على الثَّمن في التَّعيُّن، وهو ظاهرٌ، والماليَّة أيضًا؛ لأنَّ الدَّين أنقص من العين، وأمَّا المعنى الاصطلاحيُّ: فمختصٌّ بالرِّبويَّات (مِنهُ).

أو: «في غيره» أي: في بيع السِّلعةِ بالسِّلعة، وهو بيعُ المقايَضة[١]، وفي بيع الثَّمنِ بالثَّمن - أي: الصَّرفِ - سلَّما معًا؛ لتساويهما في التَّعيُّن وعدمِه.

ذخيرة العقبى

تعجيلَ المعجَّلِ القليل، وقديمًا كان يختلِجُ(١) في قلبي هذا السُّؤالُ معَ الجواب الثَّاني، ثمَّ اطَّلعتُ على السُّؤال معَ الجواب الأوَّلِ منَ «الاختيار شرحِ المختار»(٢).

[١] قولُه: (وهوَ بيعُ المقايَضة) وهي - بالقاف والياءِ المثنَّاةِ والضَّادِ المعجَمة - مِن: قايَضتُ الرَّجلَ مقايضةً؛ أي: عارضتُه بمتاعٍ.

(١) أي: يتحرَّك ويضطرب (مِنهُ).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار»: (٢/ ٧).

بابُ الخِيار

[مدَّةُ خيارِ الشَّرط]

(صَحَّ خيارُ الشَّرطِ[١] لكُلٍّ مِنَ العاقِدَينِ(١) ....

ذخيرة العقبى

بابُ خِيارِ الشَّرط(٢)

[١] **قولُه**: (صَحَّ خِيارُ الشَّرطِ) أي: صحَّ خيارٌ نشأَ منَ الشَّرط.

قال في «الأكمليَّة»(٣): ((البيعُ تارةً يكونُ لازمًا، وأُخرى غيرَ لازمٍ، واللَّازمُ ما لا خيارَ فيه بعد وجود شرائطِه، وغيرُ اللَّازمِ ما فيه الخيار، ولمَّا كان اللَّازمُ أقوى في كونه بيعًا: قدَّمَه على غيره، ثمَّ قدَّمَ خيارَ الشَّرطِ على سائر الخيارات؛ لأنَّه يمنعُ ابتداءَ الحكم، ثمَّ خيارَ الرُّؤية؛ لأنَّه يمنعُ تمامَ الحكم(٤)، ثمَّ خيارَ العيب؛ لأنَّه يمنعُ لزومَ الحكم.

وهو على أنواعٍ:

١- فاسدٌ بالاتِّفاق، كما إذا قال: «اشتريتُ على أنِّي بالخيار»، أو: «بالخيار أيَّامًا»، أو: «أبدًا».

٢- وجائزٌ بالاتِّفاق، وهو أن يُقال: «على أنِّي بالخيار إلى ثلاثة أيَّامٍ فما دونَها».

---

(١) في (م٢): «المتابعين».

(٢) في (ح١) و(ح٤): «باب الخيار»، والمثبت موافقٌ لتبويب «الهداية».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٩٨) باختصار يسير.

(٤) أي: حكم البيع إفادة الملك، وهو القدرة على التَّصرف، كذا في «الأكمليَّة»: (٦/ ٢٤٧) (مِنهُ).

ولهُما[١] ثَلاثَةَ أيَّامٍ أو أقلَّ لا أكثَرَ، إلَّا(١) أنَّهُ يَجوزُ إن أجازَ في الثَّلاثِ) أي: إذا بيعَ وشُرِطَ الخيارُ أكثرَ من ثلاثة أيَّامٍ: لا يجوزُ البيع، خلافًا لهما(٢)، لكن إن أُجيزَ[٢] في ثلاثة أيَّامٍ: جاز البيعُ عند أبي حنيفة، خلافًا لزفر[٣].

ذخيرة العقبى

٣- ومختلَفٌ فيه، وهو أن يُقال: «على أنِّي بالخيار شهرًا أو شهرَين»، فإنَّه فاسدٌ عند أبي حنيفةَ وزفرَ والشَّافعيِّ، جائزٌ عندهما)).

[١] قولُه: (ولهُما) عطفٌ على: «لكلٍّ منَ العاقِدَين»، و«ثلاثةَ أيَّامٍ»: نصبٌ على الظَّرفيَّة، والمعنى: صحَّ الخيارُ لكلٍّ واحدٍ منَ البائع والمشتري على حِدَةٍ، ولهما معًا في ثلاثة أيَّامٍ، كذا في تاج الشَّريعة(٣).

[٢] قولُه: (إن أُجيزَ) معناه: لا يجوزُ أكثرُ منَ الثَّلاثة، لكن لو ذكرَ أكثرَ منها، وأجازَ مَن له الخيارُ في الثَّلاثة: جازَ البيع، سواءٌ قيل: إنَّه ينعقدُ فاسدًا ثمَّ ينقلبُ صحيحًا كما قاله أهلُ العراقِ من أصحابنا، أو قيل: إنَّه موقوفٌ، فإذا مضى جزءٌ منَ اليوم الرَّابع: فسدَ العقدُ الآن، فإذا أُجيزَ قبل ذلك: لم يتَّصلِ المفسِدُ بالعقد، فكان صحيحًا، وهو مذهبُ أهلِ خُراسان.

[٣] قولُه: (خلافًا لزفر) له: أنَّ هذا عقدٌ قدِ انعقدَ فاسدًا، والفاسدُ لا ينقلبُ جائزًا؛ لأنَّ البقاءَ يوافقُ الابتداء، فكان كمَن باع الدِّرهمَ بالدِّرهمَين، أوِ اشترى عبدًا بألفٍ ورِطلِ خمرٍ، ثمَّ أسقطَ الدِّرهمَ الزَّائدَ وأبطلَ الخمر، وكمَن تزوَّجَ امرأةً وتحتَه

---

(١) استثناءٌ من قوله: «لا أكثر» أي: إن ذكرَ الأكثرَ من ثلاثة أيَّامٍ، وأجازَ مَن له الخيار في الثَّلاث: جاز. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٨).

(٢) فإنَّهما قالا: يجوز إذا سمَّى مدَّةً معلومةً، والصَّحيح قول أبي حنيفة. ينظر: «التصحيح والترجيح»: (ص٢٢٢)، «اللباب في شرح الكتاب»: (١/ ٤٥٩).

(٣) «نهاية الكفاية»: (٢/ ٦) مخطوط.

(فإنِ اشترى[(١)] على أنَّهُ إن لم يَنقُدِ الثَّمنَ[(٢)] إلى ثَلاثَةِ أيّامٍ: فلا بَيعَ: صَحَّ، وإلى أربَعَةٍ: لا، فإن نَقَدَ في الثَّلاثِ: جازَ) وإنَّما أدخلَ لفظةَ الفاءِ في قوله: «فإنِ اشترى»؛ لأنَّه فرعُ مسألةِ خيارِ الشَّرط؛ لأنَّ خيارَ الشَّرطِ إنَّما شُرِعَ ليدفعَ بالفسخ الضَّررَ عن نفسه، سواءٌ كان الضَّررُ تأخيرَ أداءِ الثَّمنِ أو غيرَه.

فإذا كان الخيارُ لضرر التَّأخيرِ من صوَر خيارِ الشَّرط: فالتَّصريحُ به يكونُ من فروع خيارِ الشَّرط، وهذا الذي ذُكِرَ قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسُف، خلافًا لمحمَّدٍ، فإنَّه يُجوِّزُه في الأكثر، فهو جرى على أصله في[(٣)] التَّجويز في الأكثر.

وأبو حنيفةَ جرى على أصله في عدم التَّجويزِ في الأكثر.

أمَّا أبو يوسُفَ: إنَّما لم[(٤)] يُجوِّز ههنا[١] جريًا على القياس، وجوَّزَه ثمَّةَ لأثر ابنِ عمر[(٥)]، فإنَّه جوَّزَه إلى شهرَين.

أربعُ نسوةٍ، ثمَّ طلَّقَ الرَّابعة: لا يُحكَمُ بصحَّة نكاحِ الخامسة، والجوابُ: أنَّ الفسادَ في هذه المسائلِ في صُلب العقد، وهو البدل، فلم يُمكنْ رفعُه، وفي مسألتنا في شرطه فأمكن.

[١] قولُه: (لم يُجوِّز ههنا) أي: في الزَّائد على ثلاثة أيَّامٍ في خيار النَّقدِ عملًا بالقياس؛ لأنَّ القياسَ في شرط الخيارِ ما قاله أبو حنيفة، وإنَّما تركَه بما رُوِيَ عنِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أنَّه أجازَ الخيارَ إلى شهرَين، ولا أثرَ ههنا، فبقيَ على أصل

---

(١) في (م٢): «وإن شَرى».
(٢) في (م٢): «ثمنَه».
(٣) في (ش٢): «من».
(٤) في (ش٣): «لا».
(٥) وهو أنَّه أجاز الخيار إلى شهرَين. قال الزَّيلعيُّ: غريبٌ جدًّا. «نصب الراية»: (٤/ ٨).

[أحكامُ المَبيع مدَّةَ الخيار للبائع والمُشتَري]

(ولا يَخرُجُ مَبيعٌ[١] عن مِلكِ بائعِهِ معَ خيارِهِ(١)، فإن قَبَضَهُ المُشتَري فهَلَكَ: يَجِبُ(٢) عليهِ بالقيمَةِ) أي: بيعَ بشرط الخيارِ للبائع(٣)، فقبضَه المشتري، فهلكَ في يده: يجبُ عليه القيمة؛ لأنَّه مقبوضٌ على سَوم الشِّراء[٢]، وهو مضمونٌ بالقيمة[٣].

القياس(٤)، وجُوِّزَ ثمَّة؛ أي: البيعُ في مسألة خيارِ الشَّرطِ إلى أربعة أيَّامٍ فصاعدًا بالأثر المذكور، هذا زبدةُ ما في «الكفاية» و«الكافي»(٥).

[١] قولُه: (ولا يَخرُجُ مَبيعٌ... إلخ) تحقيقُه أنَّ الخيارَ إنَّما يمنعُ خروجَ البدلِ عن مِلك مَن له الخيار؛ لأنَّه شُرِعَ نظرًا له دونَ الآخَر.

[٢] قولُه: (على سَومِ الشِّراء) أي: على قصده وطلبِه، يُقال: سام البائعُ السِّلعة: عرضَها، وذكرَ ثمنَها، وسامَها المشتري بمعنى: استامَها سَومًا، كذا في «المُغرب»(٦).

[٣] قولُه: (وهو مضمونٌ بالقيمة) هذا إذا لم يكن مثليًّا، فإنْ كان مثليًّا: فعليهِ المثل، ثمَّ إنَّ هذا الضَّمانَ مختصٌّ بما إذا كان الثَّمنُ مسمًّى، حتَّى إذا قال: «أذهبُ بهذا الثَّوب، فإن رضيتُه: اشتريتُه»، فذهب به فهلك عنده: لا يضمن، ولو قال:

(١) أي: خيارِ البائع.
(٢) «يجب»: سقط من جميع النُّسخ عدا (ش١)، و«فهلك» في (م٢): «وهلكه».
(٣) في (ش٣): «البائع».
(٤) قال الشَّيخ السَّماويُّ في «تسهيله»: (ق: ٨١): ((يلزم أبا يوسف أن لا يجوز في الأصل الزِّيادةُ على شهرين؛ لعدم الأثر في الزِّيادة، مع أنَّها تجوز وفاقًا)) (مِنهُ).
(٥) «الكفاية شرح الهداية»: (٥/ ٥٠٠)، و«الكافي»: (٦/ ١٨٣).
(٦) «المغرب»: (س و م).

(ويَخرُجُ عن مِلكِ البائعِ(١) معَ خيارِ المُشتَري، فهُلكُهُ في يَدِهِ بالثَّمَنِ كتَعَيُّبِهِ) أي: إذا كان الخيارُ للمشتري وقبضَه المشتري، فهلكَ أو تعيَّبَ في يده[١]: يجبُ الثَّمن (ولا يَملِكُهُ المُشتَري) أي: إذا كان الخيارُ للمشتري: لا يملكُه المشتري عند أبي حنيفة[٢]، خلافًا لهما(٢)، وثمرةُ الخلافِ تظهرُ في هذه المسائل، وهي قولُه:

ذخيرة العقبى

«إن رضيتُه: اشتريتُه بعشَرةٍ»، فذهَب به فهلك: ضمِنَ قيمتَه، وعليه الفتوى، كذا في «الكفاية»(٣).

[١] قولُه(٤): (أو تعيَّبَ في يدِه) يعني: عيبًا لا يرتفع، كأنْ قُطِعَت يدُه، وأمَّا ما جاز ارتفاعُه: فهو على خياره، إذا زال في الأيَّام الثَّلاثة: له أن يفسخَ بعد الارتفاع، وأمَّا إذا مضَتْ والعيبُ قائمٌ: لزمَ العقدُ؛ لتعذُّر الرَّدِّ، كذا في شروح «الهداية»(٥).

[٢] قولُه: (لا يملكُـ[ـه] المشتري عند أبي حنيفة) وجهُ قولِه: أنَّ مالَ المشتري لمَّا لم يخرجْ عن مِلكه لو دخلَ المبيعُ فيه: لاجتمعَ البدلانِ في مِلك رجلٍ واحدٍ حكمًا للمعاوَضة، ولا أصلَ له في الشَّرع؛ لأنَّها تقتضي المساواة، ونوقِضَ بالمدبَّر، فإنَّ غاصبَه إذا ضمِنَ لصاحبه: ملكَ البدلَ ولم يخرُجِ المدبَّرُ عن مِلكه.

وأُجيبَ بأنَّ قولَه: «حكمًا للمعاوضة» يدفعُ النَّقض، فإنَّ ضمانَ المدبَّرِ ضمانُ جنايةٍ، وليس كلامُنا فيه.

---

(١) قوله: «عن ملك البائع»: سقط من جميع النُّسخ عدا (ش١) و(ش٢).

(٢) فإنَّهما قالا: يملكه، والصَّحيح قول الإمام أبي حنيفة. ينظر: «التصحيح والترجيح»: (ص٢٢٢)، «اللباب»: (١/ ٢٦٠).

(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٥/ ٥٠٤).

(٤) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(لا يملكه المشتري عند أبي حنيفة)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

(٥) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٠٨).

(فشِراءُ عِرسِه(١)[١] بالخيارِ لا يُفسِدُ نِكاحَهُ) عند أبي حنيفة؛ لعدم الملك، وعندهما: يُفسِدُه (وإن وَطِئَها: رَدَّها؛ لأَنَّهُ بالنّكاحِ، إلَّا في البِكرِ) أي: إن وطِئَها المشتري في أيّامِ الخيار: يملكُ ردَّها عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الوطءَ بالنّكاح، فلا تكونُ إجازةً إلَّا أن تكونَ بكرًا؛ لأنَّه نقَصَها بالوطء[٢]، فلا يملكُ الرَّدَّ.

ووجهُ قولِهما: أنَّه لمَّا خرجَ عن مِلكه: فإن لم يدخلْ في مِلك الآخَر: يكونُ زائلًا لا إلى مالكٍ، ولا أصلَ له في الشَّرع أيضًا، ونوقِضَ بما إذا اشترى متولِّي الكعبةِ عبدًا لخدمتها: يخرجُ العبدُ عن مِلك البائع، ولا يدخلُ في مِلك المشتري.

وأُجيبَ: بأنَّ كلامَنا في التِّجارة، وما ذكرتم ليس منها؛ بل هو ملحَقٌ بتوابع الأوقاف، ولأنَّه مبقًى على حكم مِلكِ الواقف، ولهذا يكونُ الثَّوابُ له.

ورُجِّحَ قولُ الأعظمِ بأنَّ شرعيَّةَ الخيارِ نظرًا للمشتري؛ ليتفكَّرَ فيقفَ على المصلحة، فلو دخل في مِلكه: ربَّما كان عليه لا له، بأن كان المبيعُ قريبَه، فيعتِقُ عليه من غير اختيارِه، فعاد على موضعه بالنَّقض.

[١] قولُه: (فشِراءُ عِرسِه) وهو - بكسر العينِ المهمَلة -: امرأةُ الرَّجل، وإنَّما قيَّدَ بشراء العِرس؛ لأنَّ المشتراةَ إذا لم تكنِ امرأتَه: لا فرقَ فيها بينَ كونِها بِكرًا أو ثيِّبًا في أنَّه يكونُ مختارًا للبيع بالوطء بالإجماع، سواءٌ نقصَها الوطءُ أو لا.

[٢] قولُه: (لأنَّه نقَصَها بالوطء)، وهذا يُشيرُ إلى أنَّ قولَه: «وإن وطئَها: ردَّها»، معناه: إذا لم ينقُصْها الوطء، فأمَّا إذا نقصَها: فلا يردُّها وإن كانت ثيِّبًا؛ لأنَّه ملكَها ووطئَها بمِلك اليمين.

(١) أي: اشترى الرَّجل زوجتَه الأمة من سيِّدها.

وعندهما: لا يملِكُ الرَّدَّ وإن كانَت ثيِّبًا؛ لأنَّ المشتريَ قد ملكَها ففسدَ النِّكاح، فالوطءُ يكونُ بملك اليمين، فيكونُ إجازةً متَّصلةً(١).

(ولا يَعتِقُ قَريبُهُ(٢) عليهِ في مُدَّةِ خيارِهِ) أي: إنِ اشترى قريبَه بالخيار: لا يعتِقُ عند أبي حنيفةَ في أيَّام الخيار، خلافًا لهما.

(ولا مَن شَراهُ قائلًا: «إن مَلَكتُ عَبدًا: فهو حُرٌّ») أي: إن قال: «إن ملكتُ عبدًا: فهو حرٌّ»، فشراه بالخيار: لا يعتِقُ في أيَّام الخيارِ عند أبي حنيفة؛ لعدم الملك(٣).

(ولا يُعَدُّ حَيضُ المَشْرِيَّةِ(٤) في المُدَّةِ مِنَ استِبرائها) أي: إنِ اشترى أمَةً بالخيار، فحاضَت في أيَّام الخيار: فهذه الحَيضةُ لا تُعَدُّ منَ الاستبراء عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الاستبراءَ إنَّما يجبُ بعدَ ثبوت الملك.

(ولا استِبراءَ على البائعِ إن رُدَّت عليهِ بالخيارِ(٥)) أي: إن رُدَّتِ الأمَةُ المشريَّةُ بالخيار: لا يجبُ الاستبراءُ على البائع[١] عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الاستبراءَ

[١] قولُه: (لا يجبُ الاستبراءُ على البائع) سواءٌ كان الرَّدُّ قبل قبض المشتري أو بعده، وعندهما: إن كان الـرَّدُّ قبل القبض: لا يجبُ على البائع الاستبراءُ استحسانًا، والقياسُ أن يجبَ؛ لتجدُّد المِلك، وإن كان بعده: يجبُ على البائع قياسًا واستحسانًا، وأجمَعوا في البيع الباتِّ: يُفسَخُ بإقالةٍ أو غيرِها؛ لأنَّ الاستبراءَ واجبٌ على البائع إذا كان الفسخُ قبل القبض قياسًا، وبعده قياسًا واستحسانًا.

(١) «متَّصلة»: سقط من (ب، ج، د، م).
(٢) قوله: «قريبُه» في (ش١) و(م٢): «قريبُ المشتري».
(٣) في (ش٢) زيادة: «خلافًا لهما».
(٤) في (ش٣): «المشتراة»، وفي (م٢): «المشتريةِ».
(٥) في (م٢): «بخياره».

إنَّما يجبُ بالانتقال من ملكٍ إلى ملكٍ، ولم يوجَد عند أبي حنيفة، حيثُ لا يملكُها المشتري.

(ومَن وَلَدَت في المُدَّةِ بالنِّكاحِ: لا تَصيرُ أُمَّ وَلَدٍ لهُ) أي: إنِ اشترى زوجتَه بالخيار، فولدَت في أيّام الخيارِ في يد البائع: لا تصيرُ أمَّ ولدٍ للمشتري، فيملكُ الرَّدَّ عند أبي حنيفة.

وعندهما: تصيرُ أمَّ ولدٍ له؛ لأنَّها ولدَت في ملك المشتري، فلا يملكُ الرَّدَّ.

وإنَّما قلنا: في يد البائع، حتَّى لو قبضَ المشتري وولدَت في يده: تصيرُ أمَّ ولدٍ له بالاتِّفاق؛ لأنَّها تعيَّبَت بالولادة، فلا يملكُ الرَّدَّ، فصارت مِلكًا للمشتري، فالولادةُ وقعَت في ملكه[1](1)، فتصيرُ أمَّ ولدٍ له.

---

[١] قولُه: (فالولادةُ وقعَت في ملكِه) لا يُقال: تعيُّبها ومملوكيَّتُها متقارنانِ(2) زمانًا، فالولادةُ التي هي علَّةُ التَّعيُّبِ متقدِّمةٌ على المملوكيَّة؛ لأنَّ المتقدِّمَ على المقارَن(3) بشيءٍ متقدِّمٌ على ذلك الشَّيءِ قطعًا، فلا تقعُ الولادةُ في مِلكه.

لأنَّا نقول: أوَّلًا: لا نُسلِّمُ علاقةَ السَّببيَّةِ بينَ الولادةِ والتَّعيُّب؛ لأنَّ المرادَ بالتَّعيُّب: هو الولادةُ فقط، وإذ لا عليه: فلا تقدُّم.

وثانيًا: إنَّ المرادَ أنَّها صارَت أمَّ ولدٍ له من حينِ العقدِ بالاستناد، فصارَت مملوكيَّتُها متقدِّمةً على الولادة، فلا إشكال، فليُتأمَّل.

---

(١) قوله: «في ملكه» في (ش٣): «في ملك المشتري»، وفي «في ملك التَّعيُّن».
(٢) في (ح٢) و(ح٣) و(ح٤) و(ح٥): «متقاربان».
(٣) في (ح٢): «المتقارب»، وفي (ح١): «المتقارن».

(وهُلكُهُ في يَدِ البائعِ: عليهِ إن قَبَضَهُ المُشتَري بإذنِهِ وأودَعَهُ عندَهُ؛ لارتِفاعِ القَبضِ بالرَّدِّ لعَدَمِ المِلكِ) أي: المشتري بالخيار: إن قبض مشتراه، ثمَّ أودعَه عند البائع، فهلكَ في يد البائع: فهُلكُه[(١)] يكونُ على البائع؛ لأنَّ القبضَ قدِ ارتفعَ بالرَّدِّ؛ لأنَّ المشتريَ لم يملكه، فلم يصحَّ الإيداع، بل ردُّه إلى البائع يكونُ رفعًا للقبض، فيكونُ الهلاكُ قبلَ القبض، فيكونُ على البائع.

وعندهما: لمَّا ملكَه المشتري: صحَّ إيداعُه، فلا يرتفعُ القبض، فكأنَّه هلكَ في يد المشتري، فيكونُ الهلاكُ من ماله.

(وبَقِيَ خيارُ مَأذونٍ شَرى شَيئًا[(٢)] بالخيارِ، وأَبرَأَهُ[١] بائعُهُ عن ثَمَنِهِ في المُدَّةِ؛ لأنَّ المَأذونَ يَلي عَدَمَ التَّمَلُّكِ) أي: إنِ اشترى عبدٌ مأذونٌ شيئًا بالخيار، وأبرأه بائعُه عن ثمنه في مدَّة الخيار: بقيَ خيارُه عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يبقى له الخيار؛ لأنَّه إن بقيَ: كان له ولايةُ الرَّدِّ، فردُّه يكونُ تمليكًا بغير عوضٍ، والمأذونُ لا يملكُ ذلك.

وعند أبي حنيفةَ: لمَّا لم يملكه: كان ردُّه امتناعًا عنِ التَّملُّك، وللمأذون ولايةُ ذلك؛ فإنَّه إذا وُهِبَ له شيءٌ: فله ولايةُ ألَّا يقبلَه.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وأَبرَأَه بائعُهُ عن ثَمَنِهِ) **فإن قلت**: إذا كان الخيارُ للمشتري: فالثَّمنُ لم يخرجْ عن مِلكه، فما وجهُ إبراءِ البائعِ عنِ الثَّمن قبل أن يملكَه؟

أُجيب: بأنَّ القياسَ ينفي صحَّةَ هذا الإبراءِ وجوازَه استحسانًا؛ لحصوله بعد وجود سببِ المِلك، وهو العقد.

(١) قوله: «في ملكه» في (ش٣): «في ملك المشتري»، وفي «في ملك التَّعيُّن».

(٢) في (ش١) زيادة: «في يده».

(وبَطَلَ شِراءُ ذِمِّيٍّ مِن ذِمِّيٍّ خَمرًا بالخيارِ إن أسلَمَ؛ لئلَّا يَتَملَّكَها مُسلِمًا بإسقاطِ خيارِهِ) أي: إنِ اشترى ذِمِّيٌّ بشرط خيارِه من ذِمِّيٍّ خمرًا، ثمَّ أسلمَ المشتري: بطلَ شراؤه؛ لأنَّه إن بقيَ: فعند إسقاط الخيارِ يتملَّكُه المشتري، فيلزمُ تملُّكُ المسلمِ الخمر.

وعندهما: ينفُذُ الشِّراءُ(١) وبطلَ الخيار؛ لأنَّه لو بقيَ: يملكُ ردَّها، والرَّدُّ يكونُ تمليكًا، والمسلمُ لا يملكُ تمليكَ الخمر، فهذه المسائلُ ثمَراتُ الخلاف.

(ومَن لهُ الخيارُ: يُجيزُ وإن جَهِلَ صاحِبُهُ، ولا يَنفَسِخُ بلا عِلمِهِ) أي: إن فسخَ مَن له الخيارُ: لا ينفسِخُ بلا علمِ صاحبِه، خلافًا لأبي يوسُفَ والشَّافعيِّ(٢).

لهُما[١]: أنَّه إن شُرِطَ علمُ صاحبِه لم يبقَ فائدةٌ في شرط الخيار؛ لأنَّ صاحبَه إنِ اختفى في مدَّة الخيار، فلم يصِلِ الخبرُ إليه، فيتمُّ العقد، فيتضرَّرُ مَن له الخيار

[١] **قولُه**: (لهُما) أي: لأبي يوسفَ والشَّافعيِّ: أنَّه إنِ اشترط... إلخ، زبدةُ قولِهما معارَضةٌ بأنَّ ما ذكرتُم وإن دلَّ على اشتراط العلم، ولكن عندنا ما ينفيه، وهو أنَّه إنِ اشترطَ(٣)... إلى آخر ما ذكرَه الشَّارح، وجوابُها: أنَّ هذا ضررٌ مَرضيٌّ به منه، فإنَّ إهمالَ أخذِ الكفيلِ معَ احتمالِ غَيبتِه دالٌّ على الرِّضى، بخلاف الضَّررِ المذكورِ في دليل الأعظم.

وقيل: إذا اختفى مَن ليس له الخيار، فرفعَ مَن له الخيارُ الأمرَ إلى الحاكم: له أن يُنصِّبَ الخصمَ من جانب الغائبِ ليردَّ عليه، كذا في «الكفاية»(٤).

(١) «شيئًا»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(م٢)، و«بالخِيار» في (م٢): «بخياره».
(٢) ينظر: «تحفة المحتاج»: (٤/ ٣٤٩).
(٣) قوله: «إن اشترط»: سقط من (ح١) و(ح٢) و(ح٤) و(ح٥).
(٤) «الكفاية شرح الهداية»: (٥/ ٥١١).

(فإن فَسَخَ وعَلِمَهُ في المُدَّةِ: انفَسَخَ، وإلَّا[١]: تَمَّ عَقدُهُ).

(ويورَثُ خيارُ العَيبِ والتَّعيينِ[١]، لا الشَّرطِ والرُّؤيَةِ) خيارُ التَّعيين: أن يشتريَ أحدَ الثَّوبَينِ بعشَرةٍ على أن يُعيِّنَ أيًّا شاء.

وخيارُ الشَّرطِ يورَثُ عند الشَّافعيِّ أيضًا[٢]، وخيارُ الرُّؤيةِ لا يتأتَّى على مذهبه؛ لأنَّ شراءَ ما لم يرَه لا يجوزُ عنده[٣] في أظهر القولَين[٤].

ذخيرة العقبى

ووجهُ قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ: أنَّ الفسخَ تصرُّفٌ في حقِّ الغير، وهو العقدُ بالرَّفع، وهو لا يعرى عنِ المضرَّة، أمَّا إذا كان الخيارُ للبائع: فالمشتري عساه يعتمدُ تمامَ البيعِ السَّابق، فيتصرَّفُ فيه، فيلزمُه غرامةُ القيمةِ بهلاك المبيع، وقد تكونُ القيمةُ أكثرَ منَ الثَّمن، ولا خفاءَ في كونه ضررًا، وأمَّا إذا كان للمشتري: فالبائعُ عسى يعتمدُ تمامَه، فلا يطلبُ لسلعته مشتريًا، وقد تكونُ المدَّةُ أيَّامَ رَواجِ بيعِ المَبيع، وفي ذلك ضررٌ لا يخفى، والتَّصرُّفُ المشتمِلُ على ضررٍ في حقِّ الغيرِ يتوقَّفُ على علمه لا محالةَ كما في عزل الوكيل.

[١] قولُه: (ويورَثُ خيارُ العَيبِ والتَّعيينِ) قيل: هذا مبنيٌّ على التَّشبيه والمجاز، وإلَّا: فلا يُتصوَّرُ حقيقةُ الإرثِ في الخيار مطلقًا، وذلك لأنَّ الخيارَ عبارةٌ عنِ المشيئة والإرادة، وهي صفةٌ وعرضٌ لا يُزايِلُ الموصوفَ والمحلَّ، فلا يحتملُ الانتقالَ إلى غيره؛ كسائرِ صفاتِه؛ كالقدرةِ والحياة، فلا يجري فيه الإرثُ؛ كمِلكِه في منكوحته

(١) أي: وإن لم يعلمه.

(٢) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٤/ ١١).

(٣) ينظر: «الأم»: (٣/ ٣).

(٤) قوله: «أظهرِ القولين»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

[أحكامُ اشتراط الخِيار للغير]

(وإنِ اشتَرى[١] وشَرَطَ الخيارَ لغيرِهِ: فأيٌّ أجازَ أو نَقَضَ: صَحَّ ذلك، فإن أجازَ أحَدُهُما وفَسَخَ الآخَرُ: فالأوَّلُ أولى، وإن وُجِدا معًا: فالفَسخُ أَولى)

ذخيرة العقبى

وأمِّ ولدِه، والاعتراضُ بقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَن تركَ مالًا وحقًّا: فلورثته**»(١)، فالخيارُ حقٌّ، فيلزمُ كونُه لورثته: مدفوعٌ بأنَّ المرادَ بالحقِّ المذكورِ في الحديث: هو القابلُ للانتقال، والخيارُ ليس كذلك؛ لأنَّه مبنيٌّ على العقد، وهو لا ينتقلُ إلى الوارث؛ لأنَّه إنَّما يورَثُ ما كان قائمًا، والعقدُ قولٌ قد مضى وتلاشى، فلا يُتصوَّرُ انتقالُه إلى الوارث، وإنَّما يملكُ الوارثُ الإقالةَ؛ لقيامه مقامَ المورِّثِ في مِلكه، لا في العقد، فإنَّ المِلكَ يُثبتُ ولايةَ الإقالة، ألا يُرى أنَّ إقالةَ الموكِّلِ معَ البائعِ صحيحةٌ، والعاقدُ هو الوكيلُ دونَ الموكِّل؟

لا يُقال: المالكيَّةُ أيضًا صفةٌ معَ أنَّها تنتقلُ من المورِّث إلى الوارث، فلِمَ لا يجوزُ أن يكونَ الخيارُ كذلك؟

لأنَّا نقول: المنتقلُ إلى الوارث هناك هو العين، لكنْ لمَّا استحالَ المملوكُ بلا مالكٍ: ثبتَ له في ضمن انتقالِ العينِ إليه مالكيَّتُه(٣) ابتداءً، لا أنَّ مالكيَّةَ المورِّثِ انتقلَت إليه.

[١] **قولُه**: (وإن شَرى) جوابُ هذا الشَّرطِ مقدَّرٌ بينَ لفظ: «لغيره» وبين: «فأيٌّ»، وهو لفظُ «جازَ» أو نحوُه، وإنَّما حُذِفَ اعتمادًا على انفهامه من قوله: «فأيٌّ أجاز... إلخ».

---

(١) أخرجه البخاريُّ (٦٧٦٣)، ومسلمٌ (١٦١٩) من حديث أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، ولم يذكر: «وحقًّا».

(٢) في (ش٤): «شراؤه».

(٣) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): «مالكيَّة».

قالوا ذلك(١) لأنَّ شرطَ الخيارِ[١] لغير العاقدِ إنَّما يثبتُ بطريق النِّيابةِ عنِ العاقد، فيثبتُ له اقتضاءً[٢].

أقول: إذا اشترى[٣] على أنَّ الغيرَ بالخيار: لا يثبتُ الخيارُ إلَّا برضاء المتعاقِدَين، فيكونُ نائبًا عنِ المتعاقدَين، ثمَّ رضاءُ البائعِ بخيار الغيرِ لا يقتَضي رضاه بخيار المشتري.

---

[١] **قولُه**: (قالوا: لأنَّ شرطَ الخيارِ... إلخ) تعليلٌ لصحَّة إجازةِ المشتري ونقضِه المفهومَينِ من تعميم قولِ المصنِّفِ: «فأيٌّ أجاز»، ومقصودُه من نقلِ هذا التَّعليل: هو التَّصريحُ بثبوت الخيارِ للعاقد الذي هو المشتري؛ ليورِدَ اعتراضَه بقوله: «أقول:... إلخ».

[٢] **قولُه**: (فثبتَ له اقتضاءً... إلخ) فيه بحثٌ؛ لأنَّ شرطَ الاقتضاءِ أن يكونَ المقتضى أدنى منزلةً منَ المقتضي، ألا يُرى أنَّ مَن قال لعبدٍ له حنِثَ في يمينه: «كفِّرْ عن يمينك بالمال»: لا يكونُ ذلك تحريرًا اقتضاءً؛ لأنَّ التَّحريرَ أقوى من تصرُّف التَّكفير؛ لكونه أصلًا، فلا يثبتُ تبعًا لفرعه، ولا خفاءَ أنَّ العاقدَ أعلى مرتبةً، فكيف يثبتُ الخيارُ له اقتضاءً؟

أُجيبَ عنه: بأنَّ الاعتبارَ للمقاصد، والغيرُ هو المقصودُ باشتراط الخيار، فكان هو الأصلَ نظرًا إلى الخيار، والعاقدُ أصلٌ من حيثُ التَّملُّك، لا من حيثُ الخيار، فلا يلزمُ ثبوتُ الأصلِ بتبعيَّة فرعِه، وأمَّا التَّحرير: فإنَّه الأصلُ في وجوب الكفَّارةِ الماليَّة، فلا يثبتُ تبعًا لفرعه.

[٣] **قولُه**: (أقول: إذا اشترى... إلخ) يرِدُ عليه: أنَّ رضاءَ البائعِ بخيار الغيرِ لتصحيح تصرُّفِه؛ إذ لا وجهَ لإثبات الخيارِ له أصالةً؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ كاشتراطِ نقدِ

---

(١) «ذلك»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(وبَيعُ عَبدَينِ بالخيارِ في أَحَدِهِما: صَحَّ إن فَصَّلَ ثَمَنَ كُلٍّ، وعَيَّنَ مَحَلَّ الخيارِ، وفَسَدَ في الأوجُهِ الباقيَةِ) وهي:

١- ما إذا لم يُفصِّلِ الثَّمن، ولم يُعيِّن محَلَّ الخيار.

٢- أو فصَّلَ ولم يُعيِّن.

٣- أو عيَّنَ ولم يُفصِّل؛ لجهالة الثَّمنِ والمبيع، أو جهالةِ أحدِهما.

بقيَ(١)[١] أنَّ في صورة الجوازِ(٢) وإن لم يوجَدِ الجهالة، لكنَّ قَبولَ ما ليس بمبيعٍ جُعِلَ شرطًا لقَبول ما هو مبيعٌ، فينبغي أن يفسُدَ بالشَّرط الفاسدِ عنده(٣).

الثَّمنِ على غير المشتري، أوِ اشتراطِ تسليمِه على غيره، أوِ اشتراطِ المِلكِ لغيره، والكلُّ مفسِدٌ للعقد، فالخيارُ إنَّما يثبتُ له نيابةً عنِ المشتري، فمن ضرورة ارتضاءِ خيارِه وتصحيحِ تصرُّفِه أن يُقدَّرَ الرِّضاءُ للمشتري، ثمَّ يُجعَلَ الغيرُ نائبًا عنه، فلا يظهرُ وجهُ قولِه: «لا يقتضي رضاءَه بخيار المشتري»، فتأمَّلْ.

[١] قولُه: (بقيَ... إلخ) أقول: حاصلُ السُّؤال: أنَّا سلَّمنا أنَّ البيعَ لا يفسُدُ من جهة الجهالة، لكن ينبغي أن يفسُدَ من جهةٍ أخرى، وهي أنَّه جعلَ قَبولَ محلِّ الخيارِ - وهو غيرُ داخلٍ في الحكم - شرطًا لانعقاد العقدِ في الذي ليس فيه الخيار، كما إذا جمعَ بينَ قِنٍّ وحرٍّ؛ حيثُ لا يجوزُ البيعُ وإن فصلَ الثَّمن.

وحاصلُ الجواب: أنَّ الذي فيه الخيارُ داخلٌ في العقد وإن لم يكنْ داخلًا في الحكم؛ لأنَّ الخيارَ لا يمنعُ السَّبب، وهو محلُّ البيع، فصار كما إذا جمع بينَ قِنٍّ

---

(١) قوله: «بقي» في (ش٣): «فإن قلت».

(٢) في (ش٣): «الصِّحَّة».

(٣) «عنده»: سقط من (ش٢) و(ش٤).

والجواب: أنَّ المبيعَ بشرط الخيارِ داخلٌ في(١) الإيجاب لا في(٢) الحكم، فلا يصدُقُ عليه أنَّه ما ليس بمبيعٍ مِن كلِّ وجهٍ، بل هو مبيعٌ من وجهٍ، فاعتبَرنا الوجهَين، ففي صورة الجهالةِ اعتبَرنا(٣) ما ليس بمَبيعٍ حتَّى يفسُدَ العقد(٤)، وفي صورة أن يكونَ كلُّ واحدٍ منهما معلومًا: اعتبَرنا أنَّه مبيعٌ حتَّى لا يفسُدَ العقد.

(وشِراءُ أحَدِ الثَّوبَينِ، أو أحَدِ ثَلاثَةٍ(٥) على أن يُعَيِّنَ[١] أيًّا شاءَ في ثَلاثَةِ أيّامٍ:

ومدبَّرٍ وباعَهما بألف درهمٍ: نفذَ البيعُ في القِنِّ بحصَّته منَ الثَّمن وإن كان قَبولُ العقدِ في المدبَّرِ شرطًا لانعقاد العقدِ في القِنِّ؛ لِما أنَّ المدبَّرَ محلٌّ للبيع، فلم يكنْ شرطُ قَبولِ العقدِ فيه مفسِدًا للعقد في الآخَر، بخلاف القِنِّ والحرِّ، فإنَّ الحرَّ ليس بمحلٍّ للبيع أصلًا، فلم يكنْ داخلًا لا في العقد ولا في الحكم.

ولقائلٍ أن يقول: إنَّه شرطٌ لا يقتضيه العقد، فكان مفسِدًا.

والجواب: أنَّه ليس فيه نفعٌ لأحد العاقدَينِ ولا للمعقود عليه، فلا يكونُ مفسِدًا، فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه**: (على أن يُعَيِّنَ) أي: المشتري، بأن قال: «اشتريتُ منك أحدَ هذَينَ الثَّوبَينِ على أنِّي بالخيار»، عيَّنَ الشِّراءَ في أحدهما دونَ الآخر، هذا من جملة صورِ البيعِ بشرط خيارِ التَّعيينِ للمشتري.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «مبيع».

(٢) في (ش٤) زيادة بعد قوله الإيجاب: «لأنَّ البائع قال: «بعت هذين العبدين». و«في»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(٣) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) زيادة: «أنَّ».

(٤) قوله: «حتَّى يفسد العقد»: سقط من (ش٣).

(٥) في (ش١)، (م٢): «الثَّلاثة».

صَحَّ، لا إن لم يَشتَرِط تَعيينَهُ، ولا في أحَدِ أربَعَةٍ(١))؛ لأنَّ القياسَ عدمُ الجواز، لكنِ استحسَنًا في الثَّلاثة لمكان الحاجة[١]؛ لأنَّ الثَّلاثةَ[٢] مشتمِلةٌ على الجيِّد

ذخيرة العقبى

وأمَّا البيع بشرط خيارِ التَّعيينِ للبائع: لم يذكرْه محمَّدٌ، وذكرَ الكرخيُّ(٢) أنَّه يجوزُ استحسانًا قياسًا على خيار الشَّرط، وفي «المجرَّد»: لا يجوز؛ لعدم الضَّرورةِ فيه؛ لأنَّ المبيعَ كان معَه قبل البيع.

ثمَّ قيل: يُشترَطُ أن يكونَ في هذا العقدِ خيارُ الشَّرطِ معَ خيارِ التَّعيين، وقيل: لا يُشترَط.

فعلى هذا القول: إذا لم يُشترَطْ خيارُ الشَّرط: يلزمُ العقدُ في أحدهما، حتَّى لا يُرَدُّ إلَّا أحدُهما، وعلى القول الأوَّل: له أن يردَّهما؛ لأنَّ هذا الخيارَ بمنزلة خيارِ الشَّرط، ثمَّ إذا لم يُذكَرْ خيارُ الشَّرط: فلا بدَّ من توقيت خيارِ التَّعيينِ بالثَّلاث فما دونَها عند الأعظمِ وبمدَّةٍ معلومةٍ، أيَّتها كانت عندهما، هذا زبدةُ ما في «الكفاية»(٣).

[١] قولُه: (لمكانِ الحاجةِ) أي: إلى هذا النَّوعِ منَ البيع لاختيار مَن يثِقُ به لمعرفته، واختيارِ مَن يشتريه لأجله؛ كامرأتِه وبنتِه، والبائعُ لا يُمكِّنُه منَ الحمل إليه إلَّا بالبيع، فكان باعتبار الحاجةِ في معنى ما وردَ به الشَّرع، فهذا تعليلٌ لاستحسان خيارِ التَّعيينِ مطلقًا.

[٢] وقولُه: (فلأنَّ الثَّلاثةَ) تعليلٌ لاستحسان خصوصيَّةِ الثَّلاثِ وما دونَه، ولعدم جوازِ الزَّائدِ على الثَّلاث، ولهذا عطفَ الثَّانيَ على الأوَّل بالفاء لا بالواو.

---

(١) قوله: «ولا في أحدِ أربعةٍ» في (ش١) و(ش٢) و(م٢): «لا شراءُ أحدِ أربعةٍ».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي»: (٣/ ١٨٣).
(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٥/ ٥٢٣).

والرَّديءِ والمتوسِّط، وفي الزَّائد على الثَّلاثة أبقَينا الحكمَ على الأصل[١]، وهو عدمُ الجواز.

(وأخذُهُ بالشُّفعَةِ دارًا بيعَت بجَنبِ ما شُرِطَ فيهِ الخيارُ: رِضًا) أي: اشترى دارًا على أنَّه بالخيار، فبيعَت دارٌ بجنب تلك الدَّار، فأخذَها المشتري بالشُّفعة: فهذا الأخذُ دليلُ(١) رضاه بشراء تلك الدَّار؛ لأنَّ الأخذَ بالشُّفعة يقتضي إجازةً في شراء(٢) المشفوعِ به[٢].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (أبقَينا [الحكمَ] على الأصل) وهو عدمُ الجواز؛ لأنَّ علَّةَ جوازِ هذا البيعِ مركَّبةٌ منَ الحاجة ومن عدم إفضاءِ جهالتِه إلى النِّزاع، والثَّاني ثابتٌ باشتراط الخيارِ لنفسه، سواءٌ كانتِ الأثوابُ ثلاثةً أو أكثر، وأمَّا الحاجة: فإنَّما تتحقَّق(٣) في الثَّلاث؛ لوجود المراتبِ فيه، والزَّائدُ يقعُ مكرَّرًا غيرَ محتاجٍ إليه، فانتفى عنه جزءُ العلَّة، والحكمُ لا يثبتُ إلَّا بتمام علَّتِه.

[٢] قولُه: (يقتضي إجازةَ شراءِ(٤) المشفوعِ به)؛ لأنَّ الشُّفعةَ لا تكونُ إلَّا بالمِلك، أو بما في حكمه.

فإن قيل: وجهُ أخذِ الشُّفعةِ مكشوفٌ على مذهبهما؛ لأنَّه مالكُ الدَّارِ المَبيعة، فما وجهُ قولِ الأعظم: والمبيعُ بالخيار لا يدخلُ في مِلك المشتري عنده؟

قلنا: فعند البعضِ(٥): يثبتُ الملكُ له بالاستناد من وقت الشِّراء، وقال الآخرون: إنَّ المشتريَ صار أحقَّ بالتَّصرُّف في تلك الدَّار، وذلك يكفيه لاستحقاق الشُّفعةِ

(١) «دليلُ»: سقط من (ش٢) و(ش٤).
(٢) «في شراءِ»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).
(٣) «فإنَّما تتحقَّق» في (ح٥): «فتحقَّقت».
(٤) سقط من (ح٢) و(ح٣). (٥) في (ح٥): «القبض».

(وخيارُ شَرطِ المُشتَرِيَينِ يَسقُطُ برِضا أحَدِهِما، وكذا خيارُ العَيبِ والرُّؤيَةِ[(١)])؛ لأنَّه إن ردَّه الآخَرُ: يكونُ مَعيبًا بعيب الشَّركة.

وعندهما: للآخَرِ ولايةُ الرَّدِّ؛ لأنَّ الخيارَ ثابتٌ لكلِّ واحدٍ[١].

(وعَبدٌ مُشترًى بشَرطِ خَبزِهِ أو كَتبِهِ، ووُجِدَ بخِلافِهِ: أخَذَ بثَمَنِهِ أو تَرَكَهُ)؛ لأنَّ الأوصافَ لا يُقابلُها شيءٌ منَ الثَّمن.

بها؛ كالمأذونِ المستغرَقِ بالدَّين، والمكاتَبِ إذا بيعَت دارٌ بجنب دارِهما، فإنَّهما يستحقَّانِ الشُّفعةَ فيه وإن لم يملِكا رقبةَ دارِهما.

[١] قولُه: (لأنَّ الخيارَ ثابتٌ لكلِّ واحدٍ)، والجواب عن جانب الأعظمِ أنَّا لا نُسلِّمُ أنَّ إثباتَ الخيارِ لهما إثباتٌ لكلِّ واحدٍ منهما، ألا يُرى أنَّ مَن وكَّلَ وكيلَينِ: أثبتَ الوكالةَ لهما، وليس لأحدهما أن يتصرَّفَ دون الآخرِ؟ كذا في «الأكمليَّة»[(٢)].

[ضابطُ ما يُبطلُ خيارَ الشَّرط]

واعلم أنَّ المصنِّفَ والشَّارحَ لم يذكرا ضابطةَ ما يُبطلُ خيارَ الشَّرطِ في بابه، وقد وجدتُها في فصل خيارِ الرُّؤيةِ منَ «الكفاية» و«العناية»[(٣)]، فكتبتُها ههنا لأنَّه مقامُها، وهي أنَّ المشتريَ بالخيار إذا فعلَ في المبيع ما يُمتحَنُ به مرَّةً، ويحِلُّ في غير الملكِ بحالٍ[(٤)] لا يكونُ ذلك دليلَ الاختيارِ حتَّى لا يسقطُ خيارُه، وإذا فعلَ فيه فعلًا لا

(١) أي: إن اشتريا شيئًا: ليس لأحدهما أن يردَّه بخيار العيب، أو خيار الرُّؤية بدون صاحبه عند الإمام، خلافًا لهما. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٧).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٣١).

(٣) «الكفاية»: (٥/ ٥٣٤)، و«العناية: (٦/ ٣٤٠).

(٤) أي: بحالٍ دون حالٍ أخرى (مِنهُ).

....

يُحتاجُ إليه للامتحان، أو يُحتاجُ إليه له، إلَّا أنَّه لا يحِلُّ في غير المِلكِ بحالٍ[١]: فإنَّه يكونُ دليلَ الاختيار، وهذا لأنَّه متى فعل فعلًا[٢] يُحتاجُ إليه للامتحان، ويحِلُّ في غير المِلك، وجُعِلَ دليلَ الاختيار، وسقطَ خيارُه[٣] أوَّلَ مرَّةٍ: [بطَلَ][٤] فائدةُ الخيار؛ لأنَّها إمكانُ الرَّدِّ عند عدمِ الموافقةِ بعد الامتحان، فإن لزِمَه البيعُ بفعل ما يُمتحَنُ به أوَّلَ مرَّةٍ: فات فائدةُ الخيار، فعلى هذا إذا اشترى جاريةً للخدمة بالخيار، واستخدمَها مرَّةً: لا يبطلُ خيارُه؛ لأنَّه ممَّا يُمتحَنُ به، ويحلُّ في غير المِلكِ في الجملة، فلوِ استخدمَها مرَّةً ثانيةً في ذلك النَّوعِ منَ الخدمة: كان[٥] اختيارًا للمِلك؛ لعدم الحاجةِ إليها؛ لحصول الامتحانِ بالأولى[٦]، ولو وطئَها: بطلَ خيارُه؛ لأنَّه وإن كان ممَّا يُمتحَنُ به؛ لأنَّ صلاحَها للوطء قد لا يُعلَمُ بالنَّظر، لكن لا يحِلُّ الوطءُ في غير المِلكِ بحالٍ، فكان الإقدامُ عليه اختيارًا للمِلك حتَّى لا يقعَ وطئُه في غير المِلك، هذا زبدةُ ما فيهما[٧].

---

(١) أي: بحالٍ من الأحوال (مِنهُ).

(٢) زيد في (ح١) و (ف): «لا»، وهي ليست في المصادر.

(٣) بذلك الفعل (مِنهُ).

(٤) في جميع النُّسخ: «لبطل»، والمثبت الصَّواب.

(٥) في (ح٣): «صار».

(٦) والعرض على البيع، والتَّقبيل، واللَّمس عن شهوةٍ، ولبس الثَّوب مرَّةً أخرى، وركوب الدَّابَّة مرَّةً أخرى، كلُّ ذلك يُسقط الخيار؛ لما أنَّه غير محتاجٍ إليه للامتحان، ولا يحلُّ في غير الملك، كذا في «الكفاية»: (٥/ ٥٣٥) (مِنهُ).

(٧) «كفاية»: (٥/ ٥٣٤) و«عناية»: (٦/ ٣٤٠) (مِنهُ). من هامش (ف). وفي أغلب النُّسخ: «فيها» بدل «فيهما».

فصلٌ في خِيار الرُّؤية(١)

(صَحَّ شِراءُ ما لم يَرَهُ[١]) ....

ذخيرة العقبى

باب خيارِ الرُّؤية(٢)

[١] **قولُه**: (صَحَّ شِراءُ ما لم يَرَهُ) معناه: أن يقولَ الرَّجلُ لغيره: «بعتُكَ الثَّوبَ الذي في كُمِّي هذا، وصِفتُه كذا»، أوِ: «الدُّرَّةَ(٣) التي في كفِّي هذه، وصِفتُها كذا»، أو لم يذكرِ الصِّفة، أو يقول: «بعتُ منك هذه الجاريةَ المتنقِّبةَ(٤) التي بينَ أيدينا»، وكذلك العينُ الغائبُ المشارُ إلى مكانه، وليس في ذلك المكانِ بذلك الاسمِ غيرُ ما سمَّى، فالمكانُ معلومٌ باسمه، والعينُ معلومةٌ مقدورةُ التَّسليم، فيصحُّ بيعُه كالمرئيِّ، وهذا معنى قولِ صاحبِ «النِّهاية»(٥): ((يعني شيئًا مسمًّى موصوفًا، أو مشارًا إليه، أو إلى مكانه، وليس في غيره بذلك الاسم)).

وأمَّا بدون ذلك مثلَ أن قال: «بعتُك ما في كمِّي»: فقال عامَّةُ مشايخِنا: إطلاقُ الجوابِ يدلُّ على جوازه، وهو الأصحُّ، وقال بعضُهم: لا يجوز، يؤيِّدُه ما في الفصل الثَّالثِ من «جامع الفُصولين»(٦): ((يُشترَطُ كونُ المبيعِ حاضرًا، موجودًا، مهيَّأً، مقدورَ التَّسليم))، وما في «المبسوط»(٧): من أنَّ الإشارةَ إليه أو إلى مكانه شرطُ الجواز، حتَّى لو لم يُشرْ إليه أو إلى مكانه: لا يجوزُ بالإجماع.

---

(١) «في خيار الرُّؤية»: سقط من (م٢).

(٢) في (ح١) و(ح٤) و(ف): «فصل» بدل «باب»، والمثبت موافقٌ لتبويب «الهداية».

(٣) أي: اللُّؤلؤة النَّفيسة.

(٤) أي: المستور وجهها بالنِّقاب (مِنهُ).

(٥) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٥٢).

(٦) «جامع الفُصولين»: (١/ ٢٨).

(٧) «المبسوط»: (١٣/ ١٠) بتصرُّفٍ.

خلافًا للشَّافعيِّ(١)[١] (ولمُشتَريهِ الخيارُ عندَها) أي: عند الرُّؤية (إلى أن يوجَدَ مُبطِلُهُ[٢]، وإن رَضيَ قبلَها) أي: إن رضيَ قبلَ الرُّؤيةِ: يكونُ له حقُّ الفسخِ إذا رآهُ،

وقيل عليه: إنَّ ما ذُكِرَ في المعتبَرات(٢) في باب الاعتكاف: ((ويبيعُ ويشتري فيه بلا إحضارِ مبيعٍ)): يدلُّ صريحًا على أنَّ حضورَ المبيعِ وقتَ البيعِ ليس بشرطٍ، لكن يرِدُ عليه أنَّ قضيَّةَ تحكيمِ جُبَيرِ بنِ [مُطْعِمٍ](٣) وطلحةَ في بيع الأرضِ الكائنةِ في بَصرةَ تدلُّ صريحًا على عدم اشتراطِ حضورِ المَبيعِ وإن أوردَها صاحبُ «الهدايةِ» دليلًا على عدم ثبوتِ الخيارِ للبائع، فليُنظَرْ فيها(٤).

[١] **قولُه**: (خلافًا للشَّافعيِّ) فإنَّه لم يُجوِّزْه، حُكيَ أنَّ عيسى بنَ أبانَ رأى الشَّافعيَّ يشربُ الفُقَّاعَ(٥)، وأخذَ بحُنجُرته(٦) فقال: أنتَ إمامُ المسلمينَ شربتَ حرامًا، فقال: أُجوِّزُ في الأشياء الخسيسة.

[٢] **قولُه**: (إلى أن يوجَدَ مُبطِلُهُ) يعني: أنَّه غيرُ مؤقَّتٍ بالزَّمان، فيجوزُ له الفسخُ في جميع عمُرِه ما لم يسقطْ بعد الرُّؤية بقولٍ أو فعلٍ يدلُّ على الرِّضاء بالبيع، وقيل: إنَّه مؤقَّتٌ بوقت إمكانِ الفسخِ بعدها، حتَّى لو وقعَ بصرُه عليه ولم يفسخْ: سقطَ حقُّه؛ لأنَّه خيارٌ تعلَّقَ بالاطِّلاع على حال المبيع، فأشبهَ الرَّدَّ بالعيب، والأصحُّ عندنا هو الأوَّل.

---

(١) فلا يصحُّ خيار الرُّؤية عنده. ينظر: «الأم»: (٣/ ٣).

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٢/ ٣٩٧).

(٣) في النُّسخ: «جبير بن عثمان» والمثبت من «الهداية» وغيرها.

(٤) ينظر: «الهداية»: (٣/ ٣٤). والقصَّة ذكرها الزَّيلعيُّ في «نصب الرَّاية»: (٤/ ١٠) فلتُنظَر فيه.

(٥) شرابٌ يظهر فيه الزَّبد والرَّغوة، وسمِّي بذلك لفقاعته؛ أي: لكونه تخرج الفقاعات على سطحه.

(٦) في (ح١): «خنجرته»، وفي (ح٢): «خنجره»، وفي (ح٤) و(ح٥) و(ف): «حنجرته».

لكن لو فسخَ[١] قبلَ الرُّؤية: ينفُذُ الفسخُ بحكم أنَّه عقدٌ غيرُ لازمٍ، حتَّى لا يجوزُ إجازتُه عند الرُّؤية (لا لبائعِهِ) أي: إذا باع شيئًا لم يرَه: لا يكونُ له الخيارُ[٢] إذا رآه.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (لكن لو فسخَ) جوابُ سؤالٍ تقديرُه: لو لم يكن له خيارٌ قبل الرُّؤية: لما كان له حقُّ الفسخِ قبلها؛ لأنَّه من فروع ثبوتِ الخيارِ له كالقَبول، فكان معلَّقًا بها، فلا يوجَدُ قبلَه، وتقريرُ الجواب: أنَّ نفوذَ الفسخِ بحكم أنَّه عقدٌ غيرُ لازمٍ؛ لأنَّه لم يقَعْ مستحكَمًا، فجاز فسخُه لضَعفٍ فيه، ألا يُرى أنَّ كلَّ واحدٍ منَ العاقدَينِ في عقد الوديعة، والعارية، والوكالةِ يملكُ الفسخَ باعتبار عدمِ لزومِ العقدِ وإن لم يكنْ له خيارٌ لا شرطًا ولا شرعًا، بخلاف الرِّضاء، فإنَّه ثابتٌ بمقتضى الحديث، فلا يجوزُ إثباتُه على وجهٍ يؤدِّي إلى بطلانه؟

اعترِضَ على هذا الجواب: بأنَّ عدمَ لزومِ هذا العقدِ باعتبار الخيار، فهو ملزومٌ للخيار، والخيارُ معلَّقٌ بالرُّؤية لا يوجَدُ بدونها، فكذا ملزومُه؛ لأنَّ ما هو شرطٌ للَّازم: فهو شرطٌ للملزوم.

[٢] **قولُه**: (لا يكونُ له الخيارُ) وكان الأعظمُ يقولُ أوَّلًا: للبائع الخيارُ قياسًا على خيار العيب، فإنَّه لا يختصُّ بجانب المشتري؛ بل إذا وجدَ البائعُ الثَّمنَ زَيفًا: فهو بالخيار، إن شاء: جوَّزَه، وإن شاء: ردَّه؛ كالمشتري إذا وجدَ المبيعَ مَعيبًا، لكنَّ العقدَ ينفسخُ بردِّ المَبيع، ولا ينفسخُ بردِّ الثَّمن؛ لأنَّ المبيعَ أصلٌ دونَه، وعلى خيار الشَّرطِ فإنَّه يصحُّ منَ الجانبَينِ كما تقدَّم، واستدلَّ عقلًا على قوله الأوَّلِ بأنَّ لزومَ العقدِ بتمام الرِّضاء زوالًا - أي: من جهة البيعِ - وثبوتًا - أي: من جهة الشِّراءِ -، وتمامُه لا يتحقَّقُ إلَّا بالعلم بأوصاف المَبيع، وذلك بالرُّؤية، فإنَّ بها يحصلُ الاطِّلاعُ على دقائقَ لا تحصلُ بالعبارة، فلم يكنِ البائعُ راضيًا بالزَّوال، فيكونُ العقدُ غيرَ لازمٍ من جهته، فله الفسخ.

[ما يُبطلُه وما لا يُبطلُه]

(ويُبطِلُهُ وخيارَ الشَّرطِ[1][1]: تَعَيُّبُهُ[2]، وتَصَرُّفٌ لا يَفسَخُ؛ كالإعتاقِ والتَّدبيرِ، أو يوجِبُ حَقًّا لغيرِهِ؛ كالبَيعِ المُطلَقِ) أي: بدون شرطِ الخيارِ (والرَّهنِ والإجارَةِ قبلَ الرُّؤيَةِ وبعدَها[3]) أي: هذه التَّصرُّفاتُ تُبطلُ خيارَ الرُّؤيةِ سواءٌ كانت قبلَ الرُّؤية أو بعدَها.

ذخيرة العقبى

وعلى قوله الثَّاني المرجوعِ إليه المقرَّرِ عليه: أنَّ خيارَ الرُّؤيةِ معلَّقٌ بخصوص الشِّراءِ بقوله صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**مَنِ اشترى شيئًا لم يرَه: فله الخيارُ إذا رآه**»[4]، فلا يثبتُ دونَه، كذا في «العناية»[5].

[1] **قولُه**: (ويُبطِلُه وخِيارَ الشَّرطِ) **أقول**: لعلَّه إنَّما عدلَ عن قول صاحبِ «الهداية»[6]: ((وما يُبطلُ خيارَ الشَّرطِ يُبطلُ خيارَ الرُّؤية))؛ هربًا عن ورود الإشكالِ الذي نقلَه الشَّيخُ الأكمل حيثُ قال[7]: ((قيل: يُشكلُ على هذا الكلِّيِّ مسألتان:

إحداهما: أنَّه لوِ اشترى دارًا لم يرَها، فبيعَتْ بجنبها دارٌ، فأخذَها بالشُّفعة: لم يبطلْ خيارُ الرُّؤيةِ في ظاهر الرِّواية، وبطلَ خيارُ الشَّرط.

(١) أي: يبطل خيار الرُّؤية، وخيار الشَّرط أيضًا تعيُّبه...إلخ. «فتح باب العناية»: (٢/ ٣١٧).

(٢) أي: كون المبيع معيوبًا عند المشتري. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٠). وفي (ش١) و(ش٤) و(م٢): «تعييبُه».

(٣) في بعض النُّسخ: «أو بعدها».

(٤) أخرجه الدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٢٨٠٥) من حديث أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٣٩).

(٦) «الهداية»: (٣/ ٣٤).

(٧) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٤٠) بتصرُّفٍ يسيرٍ.

(وما لا يوجِبُ حَقًّا لغيرِهِ؛ كالبَيعِ بالخيارِ، والمُساوَمَةِ[1]، والهِبَةِ بلا تَسليمٍ: يُبطِلُ بعدَها(١) لا قبلَها)؛ لأنَّ هذه التَّصرُّفاتِ لا تدلُّ(٢) على صريح الرِّضاء، وهو إنَّما يُبطِلُه بعدَ الرُّؤية.

أما التَّصرُّفاتُ الأوَل: فهي أقوى؛ لأنَّ بعضَها لا يقبلُ الفسخ، وبعضَها أوجبَ حقَّ الغير، فلا يُمكنُ إبطالُه(٣).

[بِمَ تكون الرُّؤية ولمن تكون؟]

(والنَّظَرُ إلى وجهِ الأمَةِ[2]، والصُّبرَةِ، ....

والثَّانية: إذا عُرِضَ المبيعُ بشرط الخيارِ على البيع: بطل خيارُ الشَّرط، ولا يبطلُ خيارُ الرُّؤية، والمسألتانِ في «فتاوى قاضيخان»(٤).

أُجيب: بأنَّ الإشكالَ ليس بواردٍ؛ لأنَّه قال: وما يُبطلُ خيارَ الشَّرطِ من تعيُّبٍ أو تصرُّفٍ: يُبطلُ خيارَ الرُّؤية، وهو ليس بكلِّيٍّ مطلقًا؛ بل مقيَّدٌ بأن يكونَ تعيُّبًا أو تصرُّفًا؛ يعني: في المبيع، والأخذُ بالشُّفعةِ والعرضُ على البيع ليسا منهما، فلا يكونانِ واردَين)).

[١] قولُه: (والمُساوَمَةِ) أي: العرضِ على البيع.

[٢] قولُه: (إلى وجهِ الأمَةِ) قيدُ «الأمَةِ» اتِّفاقيٌّ، فإنَّ الحكمَ في الغلام كذلك، لأنَّه ذكرَ في «الإيضاح»(٥): ((أنَّ المعتبرَ في العبد والأمَةِ: النَّظرُ إلى الوجه))؛

(١) أي: بعد الرُّؤية.

(٢) في (ش٣) و(ش٤): «تزيد».

(٣) في (ش١): «فلا يبطل».

(٤) «فتاوى قاضي خان»: (٢/ ١٥٧).

(٥) «الإيضاح شرح مختصر الكرخيّ»: (ق: ١٤٦).

ووَجهِ الدابَّةِ وكَفَلِها(١)[١]، وظاهِرِ ثَوبٍ مَطويٍّ غيرِ مُعلَّمٍ(٢)، وإلى مَوضِعِ عَلِمَهُ مُعَلَّمًا(٣)).

(ونَظَرُ وَكيلِهِ بالشِّراءِ أو بالقَبضِ[٢]: كافٍ، لا نَظَرُ رَسولِهِ(٤)) **الوكيلُ بالقبض:** هو الذي ملَّكَه بالقبض، بخلاف الرَّسول[٣]، فإنَّه الذي أمرَه بأداء الرِّسالةِ بالتَّسليم،

ذخيرة العقبى

لأنَّ سائرَ الأعضاءِ فيهما تبعٌ له، ألا يُرى أنَّ القيمةَ تتفاوتُ بتفاوت الوجهِ مع التَّساوي في سائر الأعضاء، وأنَّ النَّظرَ إلى ما عداه لا يُبطلُ خيارَه(٥).

[١] **قولُه:** (وكَفَلِها) وهو - بفتح الكافِ والفاء -: الرِّدْفُ والعَجُز، وهو بالفارسيِّ: سرين، كذا في «الصِّحاح»، و«الدُّستور»(٦).

[٢] **قولُه:** (أو بالقَبضِ) وإنَّما لم يقتصرْ على ذكر لفظِ الوكيلِ الشَّاملِ لنوعَيه؛ لأنَّ إسقاطَ نظرِ الوكيلِ بالشِّراء مُجمَعٌ عليه، وإسقاطَ نظرِ الوكيلِ بالقبض مُختلَفٌ فيه، ففصلَ بينَهما إشعارًا باختلاف حكمِهما.

[٣] **قولُه:** (بخلافِ الرَّسولِ) فإنَّ وظيفتَه تبليغُ الرِّسالة، وصارَ معيرًا يدَه للمرسِل، فكان إلى المرسِل إتمامُه، فلا يكفي نظرُه بالاتِّفاق، سواءٌ كان رسولًا

(١) الكَفَل: العَجُز. «المعجم الوسيط»: (الكفل).

(٢) «غير معلَّمٍ»: سقط من (ش٣).

(٣) المعلَّم: رسمٌ في الثَّوب. «المعجم الوسيط»: (علم)، وذلك لأنَّه برؤية ظاهره يُعلمُ حالُ البقيَّة. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٦٦).

(٤) كأن يقول المشتري: «كن رسولًا عنِّي في قبضه». «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣١).

(٥) كذا في «العناية»: (٦/ ٣٤٣)، وفي «المحيط»: (٦/ ٥٣٢): ((ليس في الدَّراهم والدَّنانير والدُّيون خيار الرُّؤية، ولو كان إناءً، أو تبرًا، أو حَلْيًا مصوغا: فله الخيار، ولو تبايعا عينًا بعينٍ: فله الخيار))، كذا في «فتاوى الزَّاهديِّ»* (مِنهُ). * ينظر: «المجتبى»: (٢/ ٤٧٥).

(٦) «الصِّحاح»: (ردف) وعبارته: ((والرِّدف: الكفل والعجز))، و«دستور اللُّغة»: (ص ٤٧٦).

فالبائعُ إذا لم يُسلِّم إليه: لا يملكُ الخُصومة، بخلاف الوكيل[١].

وعندهما: نظرُ الوكيلِ بالقبض غيرُ كافٍ؛ لأنَّه وكَّلَه بالقبض لا بالنَّظر[٢].

ذخيرة العقبى

للقبض أو للشِّراء، ولهذا أطلقَ الرَّسولَ ولم يُقيِّدْه بالقبض، كذا في «التَّبيين»(١).

وأمَّا الوكيل: فهو الذي فُوِّضَ إليه التَّصرُّفَ ليعملَ برأيه، ولهذا يجوزُ سلبُ اسمِ الوكيلِ عنه، قال اللهُ تعالى خطابًا لرسوله ﷺ: ﴿قُل لَّسۡتُ عَلَيۡكُم بِوَكِيلٖ﴾ [الأنعام: ٦٦].

وقيل في الفرق الصُّوريِّ بينَهما: صورةُ التَّوكيل: أن يقولَ المشتري لغيره: «كن وكيلًا عنِّي»، وصورةُ الإرسال: أن يقولَ: «كن رسولًا عنِّي»، وأمَّا لفظ: «أمرتُك بقبضه»: فقيل: مختصٌّ بالرِّسالة، وقيل: مشترَكٌ بينَهما.

[١] **قولُه**: (لا يملكُ الخُصومة، بخلافِ الوكيلِ) فيه نظرٌ؛ لأنَّ هذا صريحٌ في أنَّ الوكيلَ بقبض العينِ المرئيِّ يملكُ الخصومةَ، وسيجيءُ في باب الوكالةِ بالخصومة(٢) أنَّ الوكيلَ بقبض العينِ لا يملكُها، فتأمَّلْ(٣).

[٢] **قولُه**(٤): (لا بالنَّظر) فلا يسقطُ بنظره خيارُ رؤيةِ المشتري.

---

(١) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٨).

(٢) ينظر: (٤/ ٤٧٧).

(٣) وغاية ما يمكن في جوابه أنَّه ليس فيما سيجيء أنَّ الوكيل بقبض العين لا يمكن الخصومة؛ بل المذكور فيه أنَّ الوكيل بقبضه ليس وكيلًا بالخصومة من جانب الموكِّل، حتَّى لا يقبل على الموكِّل من جانب ذي اليد بيِّنة أنَّ الموكِّل باع من ذي اليد؛ لأنَّها قامت على غير خصمٍ، فعدم كونه وكيلًا للخصومة من جانبه لا يستلزم عدمَ قدرته للخصومة، فلا يلزم من انتفاء الأوَّل انتفاء الثَّاني، وأمَّا الرَّسول: فيجوز الامتناع عن المرافعة وإقامة بيِّنةٍ، فظهر الفرق، والكلام عندي محلُّ تأمُّل (مِنهُ).

(٤) في (ح٥) جاءت هذه المقولة قبل قوله: «(لا يملك الخصومة)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

ولأبي حنيفةَ: أنَّ القبضَ الكاملَ بالنَّظر؛ ليعلمَ أنَّ هذا هو الذي أُمِرَ بقبضه.

(وشُرِطَ رُؤيَةُ داخِلِ الدَّارِ اليَومَ) إنَّما قال: «اليومَ»؛ لأنَّ الرِّوايةَ(١) أنَّه إذا رأى حيطانَ الدَّار، أو أشجارَ البُستانِ من خارجٍ: كان كافيًا؛ وذلك لأنَّ دورَهم وبساتينَهم لم تكُن متفاوتةً، فرؤيةُ الخارجِ كانت مغنيةً عن رؤية الدَّاخل، أمَّا الآنَ: فالتَّفاوتُ فاحشٌ، فلا بدَّ من رؤية الدَّاخل.

[بيعُ الأعمى وشراؤه وخيارُه]

(وبَيعُ الأعمى[١] وشِراؤُهُ: صَحَّ، .....

[١] **قولُه**: (وبَيعُ الأعمى) **أقول**: لو قال: وصحَّ عقدُ الأعمى: لكان معَ شمولِه لنوعَيه: أخصرَ، والأعمى أعمُّ من أن يكونَ أكمَه، أو كان بصيرًا ثمَّ عَميَ، وصحَّ عقدُهما عندنا، وعقدُ الثَّاني فقط عند الشَّافعيِّ(٢)، ولعلَّ وجهَ التَّعرُّضِ بخصوص عقدِ الأعمى معَ دخولِه تحتَ قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَنِ اشترى شيئًا لم يرَه: فله الخيار**»(٣): هو دفعُ توهُّمِ انتفاءِ الخيارِ النَّاشئِ من عدم الرُّؤيةِ عنِ الأعمى، بناءً على أنَّ قولَه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لم يرَه**»: سلبٌ، وهو يقتضي تصوُّرَ الإيجاب، وهو إنَّما يكونُ في البصير، فحكمَ بصحَّة عقدِه مستدلًّا بمعاملة النَّاسِ العِميانَ من غير نكيرٍ، فإنَّ ذلك أصلٌ في الشَّرع بمنزلة الإجماع، لا بالحديث حتَّى يردَ التَّوهُّمُ المذكور، وهذا ممَّا يُمكنُ أن يُستفادَ من تقرير الأكمل(٤).

(١) في (ش٢): «الرُّؤية».

(٢) ينظر: «روضة الطَّالبين»: (٣/ ٣٧١).

(٣) أخرجه الدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٢٨٠٥) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٤٨).

ولهُ الخيارُ مُشتَرِيًا[١]).

(ويَسقُطُ بِجَسِّهِ[٢] المَبيعَ، وشَمِّهِ(١)، وذَوقِهِ) أي: بجَسِّه فيما يُدرَكُ بالجسِّ، وبشمِّه فيما يُدرَكُ بالشَّمِّ، وبذوقه(٢) فيما يُدرَكُ بالذَّوق.

(وبوَصفِ العَقارِ) ولا اعتبارَ لوقوفه في مكانٍ لو كان بصيرًا: لرآه، كما هو قولُ أبي يوسُف.

(ومَن رَأى أحَدَ الثَّوبَينِ، ثُمَّ شَراهُما، ثُمَّ رَأى الآخَرَ: فلهُ رَدُّهُما لا رَدُّ الآخَرِ وَحدَهُ(٣))؛ لئلَّا يلزمَ تفريقُ الصَّفقةِ قبلَ التَّمام.

[١] قولُه: (مُشتَرِيًا) إنَّما صرَّحَ بالاحتراز عن خيار البائعِ وقد أفادَه قُبيلَ هذا قولُه: «لا لبائعه»؛ نفيًا لتوهُّم كونِ ذلك مختصًّا بالبصير، وللأعمى خيارُ الرُّؤيةِ ولو بائعًا.

[٢] قولُه: (ويَسقُطُ الخِيارُ بِجَسِّه) وهو - بفتح الجيمِ والسِّينِ المهمَلةِ المشدَّدة -: المسُّ وزنًا ومعنًى، قيل: كونُ هذه المذكوراتِ مسقطةً مشروطٌ بوجود الجَسِّ وأمثالِه منه قبل الشِّراء، وأمَّا إذا اشترى قبل أن يجسَّ: فلا يسقطُ خيارُه به؛ بل يثبتُ باتِّفاق الرِّواياتِ؛ لما روينا(٤)، ويمتدُّ إلى أن يوجدَ منه ما يدلُّ على الرِّضاء من قولٍ أو فعلٍ في الصَّحيح، كذا في «التَّبيين»(٥).

(١) في (م٢): «وبشمِّه».
(٢) في (ش١) و(ش٢) و(ش٤): «بالذَّوق».
(٣) أي: لا ردُّ المعيب وحده. «درر الحكام»: (٢/ ٥٥٩)
(٤) وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من اشترى شيئًا...» الحديث (مِنهُ).
(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٨).

(ومَن رَأى شَيئًا ثُمَّ شَراهُ: خُيِّرَ إن وجَدَهُ مُتَغيِّرًا، وإلَّا: لا(١)، والقَولُ للبائعِ[١] في عَدَمِ تَغَيُّرِهِ، وللمُشتَري في عَدَمِ رُؤيَتِهِ) أي: إذا اشترى شيئًا قد رآه، فقال البائع: «إنَّه لم يتغيَّر، حتَّى لا يكونُ لك الخيارُ»: فالقولُ للبائع مع حلفِه، ولو قال المشتري: «لم أرَه، وليَ الخيارُ»: فالقولُ للمشتري معَ الحلِف.

(ومَن(٢) شَرى عِدلَ زُطِّيٍّ وقَبَضَهُ(٣)، فباعَ مِنهُ ثَوبًا، أو وَهَبَ ثوبًا(٤) وسَلَّمَ: لم يَرُدَّهُ بخيارِ رُؤيَةٍ أو شَرطٍ، بل بعَيبٍ) الزُّطُّ: جِيلٌ[٢] منَ النَّاسِ في سواد العراق، والثَّوبُ الزُّطِّيُّ يُنسَبُ إليهم، والأصلُ فيه أنَّ ردَّ البعضِ يوجبُ تفريقَ الصَّفقة[٣]،

[١] **قولُه**: (والقَولُ للبائع) إلَّا إذا بعُدَتِ المدَّة، فإنَّه حينئذٍ يكونُ القولُ للمشتري؛ لأنَّ الظَّاهرَ يشهدُ له، فإنَّ الشَّيءَ يتغيَّرُ بطول الزَّمان، ومَن شهدَ له الظَّاهر: فالقولُ قولُه، حتَّى لو كانت جاريةً شابَّةً رآها، ثمَّ اشتراها بعد ذلك بعشرينَ سنةً، وزعمَ البائعُ أنَّها لم تتغيَّرْ: فالقولُ قولُ المشتري.

[٢] **قولُه**: (الزُّطُّ(٥): جِيلٌ) وهو - بكسر الجيمِ - بمعنى الصِّنف، يُقال: التُّركُ جِيلٌ، والرُّومُ جِيلٌ، ونحوُهما، كذا في «الصِّحاح»(٦).

[٣] **قولُه**: (يوجِبُ تفريقَ الصَّفقة) وهي ضربُ اليدِ على اليد في البيع والبَيعة، ثمَّ جُعِلَتْ عبارةً عنِ العقد نفسِه، والعقدُ يحتاجُ إلى: مَبيعٍ، وثمنٍ، وبائعٍ، ومشترٍ، وبَيعٍ، وشراءٍ، وباتِّحاد بعضِ هذه الأشياءِ معَ بعضٍ وتفرُّقِها يحصلُ اتِّحادُ الصَّفقةِ وتفرُّقُها.

---

(١) أي: إن لم يتغيَّر: فلا خيار له.
(٢) في (ش٢) و(ش٤): «لو».
(٣) «وقبضه»: سقط من (ر) و(م٢).
(٤) «ثوبًا»: سقط من (م٢).
(٥) بالضَّمِّ: [جيلٌ] من سواد العراق، وقيل: من قبائل الهند (مِنهُ).
(٦) «الصِّحاح»: (جيل).

وهو[١] قبلَ التَّمام: لا يجوز، وبعد التَّمام: يجوز.

ذخيرة العقبى

فإذا اتَّحدَ الجميع: اتَّحدَ الصَّفقة، وكذا إذا اتَّحدَ سوى المبيع؛ كقولِه: «بعتُهما[٢] منك بمئةٍ»، فقال: «قبلتُ».

واتِّحادُ الجميعِ سوى الثَّمنِ لا يُتصوَّر، فيكونُ معَ تعدُّدِ المَبيع؛ كأن قالا: «بعنا هذا منك بمئةٍ[٣]»، فقال: «قبلتُ أحدَهما بستِّين، والآخرَ بأربعين»، وذلك صفقةٌ واحدةٌ أيضًا.

واتِّحادُ الجميعِ سوى البائعِ؛ كأن قالا: «بعنا هذا منك بمئةٍ»، فقال: «قبلت»، يوجبُ اتِّحادَ الصَّفقة.

واتِّحادُ الجميعِ سوى المشتري؛ كأن قال: «بعتُه منكما بمئةٍ»، فقالا: «قبلنا» كذلك.

وتفرُّقُ الجميعِ يوجبُ تفرُّقَ الصَّفقة، وتفرُّقُ المبيعِ والثَّمنِ إن كان بتكرير لفظِ البيع: فكذلك، وكذا تفرُّقُهما بتكرير لفظِ الشِّراء، هذا كلُّه قياسًا واستحسانًا.

وأمَّا إذا تعدَّدَ البائعُ معَ تعدُّدِ الثَّمنِ والمبيعِ بلا تكريرِ لفظِ البيع، وكذا تفرُّقُ المشتري معَ تفرُّقِ المبيعِ والثَّمنِ بدون تكريرِ لفظِ الشِّراء: فيوجبُ التَّفرُّقَ[٤] قياسًا لا استحسانًا، وقيل: لا يوجبُه على قول الأعظم، ويوجبُه على قول صاحبَيه، كذا في «الأكمليَّة»[٥].

---

(١) في (ش٣) زيادة: «وتفريقُ الصَّفقة».

(٢) زاد في جميع النُّسخ عدا (ح١): «هذا».

(٣) في (ح١) و(ح٢): «كأن قالا: بعتهما هذا منك بمئة».

(٤) في (ح٥): «التَّفريق»، والمثبت موافقٌ للمصدر.

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٢٥٦).

ثمَّ خيارُ الشَّرطِ والرُّؤيةِ يمنعانِ تمامَ الصَّفقة، وخيارُ العيبِ يمنعُه قبلَ القبض لا بعدَه؛ وهذا لأنَّه إذا شُرِطَ الخيارُ لأحدهما: لم يتحقَّقِ الرِّضاءُ الكامل[1]، وكذا إذا لم يرَ المشتري مشتراه.

أمَّا إذا لم يُشترَطِ الخيار، أو شُرِطَ فأجازَ مَن له الخيار، أوِ[2] المشتري قد رأى المبيعَ فرضيَ به: فبعدَ ذلك إن قبض: فقد تمَّ الصَّفقةُ بحصول الرِّضى الكامل.

لكن مع ذلك يُمكنُ أن يكونَ المبيعُ مَعيبًا، والمشتري لا يرضى به، فيفسخُ العقد، فذلك أمرٌ متوهَّمٌ، فلا يمنعُ تمامَ الصَّفقة.

وإن لم يقبِضِ المبيع: فالبيعُ في معرِض الفسخ، بأن هلكَ في يد البائع، فيرتفعُ العقد، فإذا اجتمعَ الأمران؛ أي: عدمُ القبضِ ووجودُ العيب: فيتقوَّى أحدُهما بالآخر، فلا يتمُّ الصَّفقة، ويظهرُ هذا في المسألة التي تأتي، وهي قولُه: «ولوِ اشترى عبدَينِ صفقةً، وقبَضَ أحدَهما، ووجَد به أو بالآخر عيبًا».

(١) «الكامل»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(٢) «أو» في (ش٢) و(ش٤): «ثمَّ».

فصلٌ

في خِيار العَيب(١)

(ولمُشترٍ وَجَدَ بمَشريِّهِ(٢) عَيبًا نَقَّصَ ثَمَنَهُ عندَ التُّجَّارِ: رَدُّهُ، أو أخذُهُ بكُلِّ ثَمَنِهِ، لا إمساكُهُ وأخذُ نُقصانِهِ) «ردُّهُ» مبتدأٌ، و«لمشترٍ» خبرُه، و«نَقَّصَ ثمنَه»: صفةُ العيب[١].

[صورٌ من العُيوب]

(والإبـــاقُ(٣) ولـو إلـى ما دونَ الـسَّـفَـرِ(٤)[٢]، والـبَـولُ في الـفِـراشِ،

فصلٌ في خِيار العَيب

[١] قولُه: (صفةُ العيب) وإنَّما وصفَه به إشارةً إلى ضابطةٍ كلِّيَّةٍ تُعلَمُ بها العيوبُ الموجِبةُ للخيار على سبيل الإجمال، وإلَّا: فهو في الأصل: ما يخلو عنه أصلُ الفِطرةِ السَّليمة، فمنه ما لا يوجِبُ الخيارَ أصلًا.

[٢] قولُه: (ولو إلى ما دونَ سَفَرٍ(٥)) سواءٌ كان منَ المولى، أو من رجلٍ كان عنده بإذن مولاه بإجارةٍ، أو إعارةٍ، أو وديعةٍ، بخلاف إباقِه منَ الغاصب إلى المولى،

---

(١) «في خيار العَيب»: سقط من (م٢).

(٢) في (م٢): «في مشريِّه».

(٣) الإباق: هو التَّمرُّد والانطلاق، وهو من سوء الأخلاق، الآبق: الهارب من غير ظلم السَّيِّد، فإن هرب من الظُّلم: لا يُسمَّى آبقًا، بل يُسمَّى هاربًا. «الجوهرة النيرة»: (١/ ٣٦١).

(٤) في (م٢): «سفرٍ».

(٥) من المصر إلى القرية أو بالعكس (مِنهُ).

وسَرِقَةُ صَغيرٍ يَعقِلُ[١]: عَيبٌ) إنَّما قال: «يعقِلُ»؛ لأنَّ سرقةَ صغيرٍ لا يعقِلُ[٢]: ليست بعيبٍ (وبالِغٍ عَيبٌ آخَرُ[٣]) عطفٌ على معمولَي عاملَينِ مختلفَين،

ذخيرة العقبى

أو إلى غيره بعذر عدمِ العلمِ بمنزل المولى، أو عدمِ القدرةِ على الرُّجوع إليه، فإنَّه ليس بعيبٍ.

[١] قولُه: (وسَرِقَةُ صَغيرٍ يَعقِلُ(١)) أي: سواءٌ كانت من المولى، أو من غيره، إلَّا أن يسرقَ منه شيئًا من جنس المأكولاتِ للأكل، فإنَّه لا يُعَدُّ عيبًا(٢).

[٢] قولُه: (لأنَّ سرقةَ صغيرٍ لا يعقِلُ) أي: لا يأكُلُ ولا يشربُ وحدَه.

أقول: المتبادَرُ من تخصيص التَّعرُّضِ بالسَّرقة: اختصاصُ العيبِ في الصَّغير بها، وليس كذلك؛ بل شاملٌ لجميع الثَّلاثةِ المذكورةِ كما صُرِّحَ به في المعتبَرات، اللَّهمَّ إلَّا أن تُحمَلَ عبارةُ المتنِ(٣) على الاكتفاء بواحدٍ منها، كما في قوله متَّصلًا بهذا: «فلو سرقَ عندهما»، وقد وقعَ في بعض نسخِ المتن: «والسَّرقةُ من صغيرٍ يعقل»، فحينئذٍ تعلُّقُ حرفِ الجرِّ بجميع المذكوراتِ في غاية الظُّهور، وبالجملة: فتخصيصُ الشَّارحِ آبٍ عنِ التَّوجيه الوجيه(٤).

[٣] قولُه: (وبالِغٍ عَيبٌ آخَرُ) أي: تلك الثَّلاثةُ من بالغٍ: عيبٌ آخرُ؛ لأنَّ سببَها في الصَّغير: حبُّ اللَّعب، وضَعفُ المَثانة، وقلَّةُ المبالاة، وفي الكبير: خُبثُ الباطن، وداءٌ في البطن، واختلافُ السَّببِ يدلُّ على اختلاف المسبَّب.

---

(١) وإن كانت أقلَّ من عشرة دراهم، وقيل: ما دون الدِّرهم، نحو فَلسٍ أو فَلسَين، وما أشبه ذلك: لا يكون عيبًا، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٥) (مِنهُ).

(٢) يعني: لو سرق المبيع خبزًا أو نحوه: لا يكون عيبًا، سواءٌ كان من المولى أو غيره (مِنهُ).

(٣) في (ح١): «المصنِّف».

(٤) حيث قال: «لا مطابقة بين الشَّرح والمشروح قطعًا» (مِنهُ).

والمجرورُ مقدَّمٌ[١] (فلو سَرَقَ عندَهُما[٢]) أي: عند البائع والمشتري (في صِغَرِهِ) أي: في صِغَره معَ العقل: (رَدَّهُ، وإن حَدَثَ عندَهُ في صِغَرِه، وعند مُشْتَرِيهِ في كِبَرِهِ: لا).

(وجُنونُ الصَّغيرِ عَيبٌ أبدًا[٣]، يُرَدُّ مَن جُنَّ (١) في صِغَرِهِ عندَهُ، ثُمَّ عندَ مُشْتَرِيه فيهِ(٢)، أو في كِبَرِهِ).

[١] قولُه: (والمجرورُ مقدَّمٌ) نحو: «في الدَّار زيدٌ، والحُجْرةِ عمرٌو»، كما تقرَّرَ في كتب النَّحو.

[٢] قولُه: (فلو سَرَقَ عندَهُما) وكذا لو أبَقَ أو بالَ في الفِراش، وكذا لو وُجِدَت بعد البلوغِ عندهما معًا: يجوزُ ردُّه أيضًا(٣).

[٣] قولُه: (عَيبٌ أبدًا) معناه: أنَّ الجنونَ فارَقَ العيوبَ المذكورةَ في عدم اشتراطِ اتِّحادِ الحالتَين؛ لأنَّ السَّببَ في الحالتَينِ واحدٌ، وهو فسادُ الباطن(٤)، فإذا جُنَّ في

(١) قوله: «يردُّ من جنَّ.. إلخ» الظَّاهر من أكثر نسخ الشَّرح أن يكون هذا شرحًا لقول المصنِّف: «عيبٌ أبدًا»، ومن نسخ «العناية» و«النِّظاميَّة»*: أن يكون متنًا، فحينئذٍ يكون تفصيلًا من المصنِّف لقوله: «أبدًا» (مِنهُ).

* ينظر: «شرح الوقاية» لابن ملَكٍ: (٣/ ٣٥).

(٢) أي: في صغره.

(٣) وفي «الفوائد الظَّهيريَّة»: (ق: ٢٠٧): ((وههنا مسألةٌ عجيبةٌ، وهي أنَّ من اشترى عبدًا صغيرًا، فوجده يبول في الفراش: كان له أن يردَّه، وإن لم يتمكَّن من الرَّدِّ حتَّى تعيَّب عنده بعيبٍ آخر: كان له أن يرجع بنقصان العيب، فلو رجع بنقصان العيب، ثمَّ كبر العبد: هل للبائع أن يستردَّ ما أعطى من النُّقصان لزوال العيب بالبلوغ؟ لا رواية لهذه المسألة في الكتب))، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٥) (مِنهُ).

(٤) وهذا معنى قول الزَّيلعيِّ: ((لأنَّ العقل معدِنه القلب، وشعاعه في الدِّماغ، والجنون انقطاع ذلك الشُّعاع، وهو لا يختلف باختلاف السِّنِّ))، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٣٢) (مِنهُ).

(والبَخَرُ(١)[١] والدَّفَرُ(٢)[٢] ....

ذخيرة العقبى

يد البائعِ يومًا أو ساعةً(١)، ثمَّ عاودَه عند المشتري في كِبَره: يردُّه، وليس معناه أنَّ المعاودةَ في يد المشتري ليست بشرطٍ كما ذهبَ إليه الحُلوانيُّ بناءً على أنَّ آثارَه لا ترتفع، وذلك يتبيَّنُ في حَماليقِ(٤) عينَيه؛ لأنَّ اللهَ تعالى قادرٌ على إزالته بحيثُ لا يقعُ من أثره شيءٌ، والأصلُ في العقد اللُّزوم، فلا يثبتُ ولايةُ الرَّدِّ إلَّا بالمعاوَدة، وهو المذكورُ في «الأصل»، و«الجامعِ الكبير»، كذا في «العناية»(٥).

[١] قولُه: (والبَخَرُ) - بفتحتَي الباءِ الموحَّدةِ والخاءِ المعجَمة -: رائحةٌ متغيِّرةٌ منَ الفم، وكلُّ رائحةٍ ساطعةٍ: فهي بَخَرٌ، مأخوذٌ من بُخار القِدْر، كذا في «البيانيَّة» نقلًا منَ «الجمهرة»(٦).

[٢] قولُه: (والدَّفَرُ) - بفتحتَي الدَّالِ المهمَلةِ والفاء -: رائحةٌ مؤذيةٌ تجيءُ من الإبِط، كذا في «المبسوط»(٧).

---

(١) وفيه قولان آخران من «الكفاية»: (٦/ ٧)، والزَّيلعيِّ: (٤/ ٣٢)، وهو قولهما: ((مقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة، وما دونه لا يكون عيبًا، وقال بعضهم: المطبق عيبٌ، وما دونه لا يكون عيبًا)) (مِنهُ).

(٢) البَخَر: رائحةٌ منتِنةٌ من الفم. «فتح باب العناية»: (٢/ ٣٢٢).

(٣) في (ش٤) و(م٢): «الذَّفَر» بالذَّال المعجمة، وسيذكر المحشيّ الفرق بينهما.

(٤) جمع حملاقٍ، وهو ما يبدو من بياض العين حين يفتح الجَفن فتحًا واسعًا، أو هو ما بين جَفن العين وحدَقتها، وقيل: طرف الجَفن وما انحسر عنه الجلد من محيط العين.

(٥) «الأصل»: (٢/ ٤٩٦)، و«الجامع الكبير»: (٢١١)، و«العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٥٩).

(٦) «غاية البيان»: (٩/ ٥٦١)، و«جمهرة اللُّغة»: (٢/ ٦٣٤).

(٧) «المبسوط»: (١٣/ ١٠٧)، لكن عبارة طبعتنا: «الذَّفر» بالذَّال المعجمة.

والزِّنا والتَّوَلُّدُ منهُ[١]: عَيبٌ فيها(١)، لا فيهِ(٢)[٢]، والكُفرُ عَيبٌ فيهِما، والاستِحاضَةُ وارتِفاعُ(٣) حَيضِ بِنتِ سَبعَ عَشْرَةَ سَنَةً لا أقَلَّ: عَيبٌ.

ذخيرة العقبى

قال في «المُغرب»(٤) بعدما ذكرَ ما في «المبسوط»: ((وأمَّا الذَّفَرُ - بالذَّال المعجَمةِ -: فبالتَّحريك لا غير، وهو حِدَّةُ الرَّائحةِ [أينما كانت]، ومنه: مِسكٌ أذْفَر، وإبِطٌ ذَفْراءُ [به ذَفَرٌ؛ أي: صُنانٌ]، وهو مرادُ الفقهاءِ(٥) في قولهم: البخَرُ والدَّفَرُ(٦) عيبٌ في الجارية))، هذا زبدةُ ما في «الكفاية»(٧).

[١] قولُه: (والزِّنا والتَّوَلُّدُ منهُ) أمَّا كونُ الزِّنى مخلًّا للاستفراش: فظاهرٌ، وأمَّا كونها ولد زنا: فلأنَّ المقصودَ الأصليَّ منها الاستيلاد، والولدُ يُعيَّرُ بالأمِّ التي هي ولدُ الزِّنى، كذا في «الدِّراية»(٨).

[٢] قولُه: (لا فيهِ) أي: لا تكونُ هذه الأحوالُ الأربعةُ عيبًا في الغلام إلَّا أن يكونَ النَّتَنُ فاحشًا بحيثُ يمنعُ القربَ منَ المولى، أو يكونَ صدورُ الزِّنى منه أكثَرَ من مرَّتَين.

---

(١) في (ش١) زيادة: «أي: في الأمة». (٢) أي: في الغلام.

(٣) أي: عدمُه وانقطاعه. «فتح باب العناية»: (٢/ ٣٢٣).

(٤) «المغرب»: (د ف ر).

(٥) الظَّاهر أنَّ الأنسب بـ«مراد الفقهاء» هو المعنى الأوَّل الذي قُيِّد بالدَّال المهملة، يؤيِّده قول الأكمل في شرح قول عمر في باب شروط الصَّلاة من «الهداية»: (١/ ٢٦٢): ((ألقي عنك الخمار يا دفار - بالدَّال المهمة -؛ أي: يا منتِنة)) (مِنهُ).
وهذا ما ذهب إليه العلَّامة ابن عابدين حيث قال: ((إلَّا أنَّ كونه مرادَ الفقهاء لا غيرُ فيه نظرٌ؛ إذ لا يُشترَط في كونه عيبًا شدَّته، فالأولى كونه بالمهملة، فتدبَّر)). «حاشية ابن عابدين»: (٥/ ١١).

(٦) في (ح٣) و(ح٤) و(ح٥) و(ف) و«المُغرِب»: «والذَّفر»، ولعلَّ الصَّواب ما أثبتُّه.

(٧) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٧).

(٨) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٧١٤).

فإن ظَهَرَ عيبٌ قَديمٌ بعدَما حَدَثَ عندَهُ(١) آخرُ: فلهُ نُقصانُهُ لا رَدُّهُ[١] إلَّا برِضا بائعِهِ؛ كثوبٍ شَراهُ[٢] فقَطَعَهُ، فظَهَرَ عَيبٌ، ولبائعِهِ أخذُهُ كذلكَ، فلا يَرجِعُ مُشتَريهِ إن باعَهُ) أي: لا يرجعُ المشتري بالنُّقصان إن باعَه؛ لأنَّ البائعَ كان له أن يقولَ:

ذخيرة العقبى

اعلم أنَّهم قالوا: إنَّ الرَّدَّ في العيوب كلِّها مشروطٌ بالمعاوَدة عند المشتري، إلَّا الزِّنى في الأمَة، فإنَّه لوِ اشتراها بالغةً وقد كانت زنَت عند البائع: فللمشتري أن يردَّها وإن لم تزنِ عنده، كذا في «التَّبيين»(٢).

[١] **قولُه**: (فلهُ نُقصانُهُ لا رَدُّهُ... إلخ) وطريقُ معرفتِه: أن يُقوَّمَ وبه عيبٌ، ويُقوَّمَ ولا عيبَ فيه، فإن كان(٣) ما بينَ القيمتَينِ العُشرَ: رجعَ بعُشر الثَّمن، وإن كان نصفَ العُشر: رجعَ به، ولا يرُدُّ المبيعَ؛ لتضرُّر البائعِ؛ لخروجه عن مِلكه بلا عيبٍ حادثٍ، وعودِه مَعيبًا به.

فإن قيل: أين قولُكم: الأوصافُ لا يُقابلُها شيءٌ منَ الثَّمن؟

أُجيب: بأنَّها إذا صارَت مقصودةً بالتَّناول حقيقةً أو حكمًا: كان لها حصَّةٌ منَ الثَّمن، وههنا كذلك.

[٢] **قولُه**: (كثوبٍ شَراهُ) أي: مثال ما له نقصانٌ لا ردَّة فيه: ثوبٌ شراه... إلخ.

لا يُقال: البائعُ يتضرَّرُ بردِّه مَعيبًا، والمشتري بعدمه، فكان(٤) الواجبُ ترجيحَ جانبِ المشتري في دفع الضَّرر؛ لأنَّ البائعَ غرَّه بتدليس العيب(٥).

---

(١) أي: عند المشتري عيبٌ آخر. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٣٧)

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٣٢).

(٣) في (ح١) زيادة: «تفاوت».

(٤) زاد في (ح٣): «من».

(٥) التَّدليس في العيب: عيب السِّلعة المشتراة. «صحاح»: (دلس) (مِنهُ).

«أنا آخذُه مَعيبًا»، فالمشتري بالبيعِ يكونُ حابسًا[١] للمبيع، فلا يرجعُ بالنُّقصان.

(فإن خاطَهُ، أو صَبَغَهُ أحمَرَ، أو لَتَّ(١) السَّويقَ بسَمنٍ، ثُمَّ ظَهَرَ عَيبُهُ: لا يَأخُذُهُ بائعُهُ، ورَجَعَ بنُقصانِهِ) أي: رجعَ المشتري بنقصان العيب، ولا يكونُ للبائع أن يقولَ: «أنا آخذُه مَعيبًا»؛ لاختلاط ملكِ المشتري بالمبيع، وهو الخيط، والصِّبغ، والسَّمن.

ذخيرة العقبى

لأنَّا نقول: المعصيةُ لا تمنعُ عصمةَ المالِ كالغاصب(٢)، فكان في شرع الرُّجوعِ بالعيب نظرٌ لهما، وفي إلزام الرَّدِّ بالعيب الحادثِ إضرارٌ للبائع لا بفعلٍ باشرَه، وفي عدم الرَّدِّ وإن كان إضرارًا للمشتري، لكن لعجزِه بما باشرَه، فكانا سواءً، فاعتُبِرَ ما هو نظرٌ(٣) لهما، إلَّا إذا قال البائع: «أنا أقبلُه(٤) كذلك»: فإنَّ له ذلك؛ لأنَّ الامتناعَ عنِ الرَّدِّ كان لحقِّه، وقد رضيَ به، فكان إسقاطًا لحقِّه.

فإن قيل: ما الفرقُ بينَ هذه المسألةِ وبينَ ما إذا اشترى بعيرًا فنحرَه، فلمَّا شقَّ بطنَه: وجدَ أمعاءَه فاسدةً، فإنَّه لا يرجعُ بنقصان العيبِ عند الأعظم؟

أُجيب: بأنَّ النَّحرَ إفسادٌ للماليَّة بصيرورة البعيرِ به عُرضةً للنَّتَن والفساد، ولهذا لا تُقطَعُ يدُ السَّارقِ بسرقته، فيختلُّ معنى قيامِ المَبيع.

[١] قولُه: (فالمشتري بالبيعِ يكونُ حابسًا) أشارَ بتقديم الظَّرفِ إلى أنَّ المانعَ للرُّجوع هو انحصارُ سببِ الحبسِ في البيع، أمَّا إذا عرَضَ له قبل البيع عارضٌ يمنعُه عن أخذ البائعِ الأوَّلِ مَعيبًا: فله الرُّجوع.

(١) اللَّتُّ: الخلطُ والعجن.
(٢) زاد في (ح٥): «إذا صبغ المغصوب».
(٣) «ما هو نظرٌ» في (ح٢): «نظيرٌ».
(٤) في (ح٥): «آخذه».

(كما لو باعَهُ بعدَ رُؤيَةِ عَيبِهِ) أي: كما يرجعُ المشتري بنقصان العيبِ إن باع الثَّوبَ المَخيطَ، أوِ المصبوغَ، أوِ السَّويقَ الملتوتَ بعدَ رؤية عيبِه؛ لأنَّه بالبيع لم يصِر حابسًا للمبيع؛ إذ قبلَ البيع لم يكن للبائع[١] أخذُه مَعيبًا؛ لاختلاط ملكِ المشتري به، فلم يبطُل حقُّ الرُّجوعِ إليه(١) بالنُّقصان (أو أعتَقَهُ قبلَها مَجَّانًا، أو دَبَّرَهُ، أوِ استَولَدَ، أو ماتَ عندَهُ قَبلَها[٢]) أي: قبلَ رؤيةِ العيب.

صورةُ المسائل: أنَّه أعتقَ المشتري العبدَ مجَّانًا، أو دبَّره، أوِ استولدَ المُشتراة، أو ماتَ المشترى في يد المشتري، ثمَّ اطَّلعَ على عيبٍ: رجعَ بالنُّقصان.

---

[١] **قولُه**: (إذ قبلَ البيعُ لم يكنْ للبائع... إلخ) والأصلُ في جنس هذا: أنَّ كلَّ موضعٍ له حقُّ ردِّها برضى البائع، فإذا باعَها المشتري: لم يكنْ له أن يرجعَ بنقصان عيبِها، وفي كلِّ موضعٍ لم يكنْ له أن يردَّها وإن رضيَ البائع: فبيعُه إيَّاها لا يمنعُه منَ الرُّجوع بالنُّقصان؛ لأنَّ تعذُّرَ الرَّدِّ هنا لمعنًى حكميٍّ دونَ بيعِ المشتري إيَّاها، وفي الأوَّل تعذَّرَ الرَّدُّ ببيع المشتري، فكأنَّه حبسَها عنده ويُريدُ الرُّجوع، كذا في حواشي «الهداية»(٢).

[٢] **قولُه**: (أو ماتَ عندَهُ قَبلَها) **أقول**: لنا فيه بحثٌ؛ لأنَّ لفظةَ: «قبلها» معَ كونِها تكرارًا لـ «قبلها» فيما قبلها: يتبادرُ منها أن يكونَ احترازًا عنِ الموت بعد رؤية العيبِ القديم، فيلزمُ عدمُ ثبوتِ حقِّ الرُّجوعِ فيه، وليس كذلك؛ لأنَّه لا فرقَ في خصوص الموتِ بينَ القَبلِ والبَعدِ في ثبوت حقِّ الرُّجوعِ فيه كما صرَّحَ به الشَّارحُ بُعيدَ هذا، حيثُ قال: «بخلاف الموتِ بعد رؤيةِ العيب»، فإنَّ حقَّ الرُّجوعِ فيه ثابتٌ، والأصلُ

---

(١) «إليه»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٦٧)، و«البناية شرح الهداية»: (٨/ ١١٠).

(وإن أعتَقَهُ على مالٍ، أو قَتَلَهُ، أو أكَلَ الطَّعامَ كُلَّهُ، أو بَعضَهُ، أو لَبِسَ الثَّوبَ فتَخَرَّقَ: لم يَرجِع).

الحاصلُ: أنَّ الموتَ لا يُبطِلُ الرُّجوعَ بنقصان العيب؛ لأنَّه لا صُنعَ للمشتري فيه، والإعتاقَ مجَّانًا لا يُبطِلُه أيضًا[1] استحسانًا، والقياسُ أنَّه يُبطِلُه؛ لأنَّ الإعتاقَ(1) بصُنعه، فصار كالقتل.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الإعتاقَ له شبَهان:

١- شَبهٌ بالقتل في أنَّه بصُنع المشتري.

٢- وشَبهٌ بالموت في أنَّ الأصلَ في الآدميِّ الحرِّيَّة، فكان الملكُ مؤقَّتًا إلى زمان العتق، فهو عَودٌ إلى الحالة الأصليَّة، فإن كان بعدَ رؤية العيبِ: اعتُبِرَ ذلك

فيه أنَّ المِلكَ ينتهي بالموت، وامتناعُ ردِّه على البائع حكميٌّ لا بفعل المشتري، فلا يمنعُ الرُّجوعَ بالنُّقصان وإن كان بعدها.

[1] **قولُه**: (والإعتاقَ مجَّانًا لا يُبطِلُه أيضًا) والتَّدبيرُ والاستيلادُ بمنزلة الإعتاق؛ لأنَّ النَّقلَ إلى مِلك البائعِ تعذَّرَ بالرَّدِّ بالأمر الحكميِّ معَ بقاءِ المحلِّ والمِلك.

قيل عليه: كيف يكونانِ كالإعتاق وهو متمِّمٌ للمِلك دونَهما؟

أُجيب: بأنَّ الإتمامَ(2) يُحتاجُ إليه لتقرير الحكمِ بجعل ما لم يكنْ كائنًا، وههنا المِلكُ متقرِّرٌ فلا حاجةَ إليه، كذا في «العناية»(3).

---

(١) قوله: «لأنَّ الإعتاق» في (ش٣): «لأنَّه».

(٢) في «العناية»: «الإنهاء» بدل: «الإتمام».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٧٠).

الشَّبه، فلا رجوعَ له، بخلاف الموتِ بعدَ رؤية العيب، فإنَّ حقَّ الرُّجوعِ فيه ثابتٌ، وإن كان قبلَ رؤية العيبِ: اعتُبِرَ هذا الشَّبهُ، حتَّى يكونُ له فيه حقُّ الرُّجوع.

وأمَّا المسائلُ الأُخرُ: فلا رجوعَ بالنُّقصانِ فيها[1].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فلا رجوعَ بالنُّقصانِ فيها) يعني: المسائلَ التي ابتُدِئَتْ بقول المصنِّف: «وإن أعتقَه على مالٍ»، مَن أرادَ التَّفصيل: فلينظرْ في زبدة «الهداية» وشروحِها التي كتبناها في حاشية هذه الرِّسالة(١).

(١) حيث قلنا: أمَّا الإعتاق على مالٍ، وكذا الكتابة: فلأنَّ فيها حبسَ البدل الذي هو كحبس المبدَل، وعند أبي حنيفة: أنَّه يرجع؛ لأنَّ الإعتاق إنهاء الملك وإن كان بعوضٍ؛ لأنَّ المال فيه ليس بأمرٍ أصليٍّ؛ بل من العوارض، وكذا الكتابة، ولهذا يثبت الولاء به.
وإن قتل المشتري العبد المبيع، ثمَّ اطَّلع على عيبه: لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرِّواية، وعن أبي يوسف: أنَّه يرجع، وذكر في «البيانيَّة»: (٩/ ٥٧٩) قول محمَّدٍ معه؛ لأنَّ قتل المولى عبده لا يتعلَّق به حكمٌ دنيويٌّ يفيد بدلًا؛ كالقصاص والدِّية، فصار كالموت بمرضٍ على فراشه، وقد تقدَّم حكمه.
وجه الظَّاهر: أنَّ القتل لا يوجد إلَّا مضمونًا؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ليس في الإسلام دمٌ هدرٌ**»، وسقوط القصاص والدِّية عن المولى في قتل عبده إنَّما هو باعتبار الملك، فصار كالمستفيد بالملك عوضًا، بخلاف الإعتاق، فإنَّه ليس بموجِبٍ للضَّمان في غير الملك مطلقًا؛ لعدم نفوذه من أحد الشَّريكين إذا كان معسرًا، فقد تخلَّف عن الضَّمان، فلم يصر به مستقضيًا، فيمنع الرُّجوع.
وإذا كان المبيع طعامًا فأكل كلَّه، أو ثوبًا فلبسه حتَّى تخرَّق: لا يرجع عن أبي حنيفة استحسانًا، وعندهما: يرجع؛ لأنَّه صنع في المبيع ما يُقصَد بشرائه، ويُعتاد فعلُه فيه، فأشبه الإعتاق.
ولأبي حنيفة: أنَّ الرَّدَّ تعذَّر بفعلٍ مضمونٍ من المشتري في المبيع، كما إذا باع أو قتل، وذلك لأنَّ الأكل واللُّبس موجبٌ للضَّمان في ملك الغير، وباعتبار ملكه استفاد البراءة، فذلك بمنزلة عوضٍ سُلِّمَ له.
والجواب عن قولهما: أنَّه لا معتبَرَ بكونه مقصوداً؛ لأنَّ البيع ممَّا يُقصَد بالشِّراء، ثمَّ هو يمنع الرُّجوع بالاتِّفاق، كذا في عامَّة المعتبَرات.
فإن قيل: هذا يُشكل بالقطع والخياطة، فإنَّهما فعلان مضمونان، ومع ذلك يرجع بالنُّقصان. =

(وإنِ اشتَرى بِيْضًا[1]، أو بِطِّيخًا، أو قِثَّاءً، أو خِيارًا، ....

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وإن شَرَى بِيْضًا) وهي - بكسر الباءِ(١) وسكونِ الياء -: جمعُ بَيضةِ الطَّائر.

والقِثَّاءُ - بكسر القافِ وتشديدِ الثَّاءِ المثلَّثة -: فاكهةٌ معروفةٌ.

والخِيارُ(٢) - بكسر الخاءِ المعجَمة - فارسيٌّ، معرَّب: قَثَد(٣)، كذا في «المغرِب»(٤).

= قلنا: إنَّما يرجع لامتناع الرَّدِّ بحكمٍ شرعيٍّ، ولا كذلك ههنا، فإنَّ الرَّدَّ امتنع بفعلٍ مضمونٍ، كذا في «الكافي»: (٦/ ٢٤٧).

أقول: هذا الجواب إنَّما يتمشَّى إذا كان الإشكال بالمجموع أو بالخياطة فقط، وأمَّا إذا كان بالقطع فقط: فلا؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ المراد بالحكم الشَّرعيِّ هو شبهة الرِّبا، وهو لا يتأدَّى في القطع أصلًا، وهو ظاهرٌ، فبقي الإشكال فيه.

ونحن نقول وبالله التَّوفيق: الفرق بين القطع والأكل واللُّبس حتَّى يُمزَّق ويُخرَّق، فإنَّ القطع لا يُفسدُ البيع بخلافهما، فإنَّ المشتري أفنى المأكول بالكلِّيَّة داخل الملبوس بحيث لا يتأتَّى فيه الانتفاع المتوقع منه، وهو أن يكون لصاحبه اللِّباس فيما بين أعيان النَّاس في الجمع والأعياد.

يؤيِّد قول صاحب «الغاية»: (٩/ ٥٨٤): أنَّ الأكل واللُّبس مع التَّمزُّق إتلافٌ للمبيع، فيمنع الرُّجوع بالنُّقصان كالتَّخريق، ويؤيِّد جواب هذا السُّؤال الذي ذكروه بقولهم: فإن قتل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اشترى بعيرًا فنحره، فلمَّا شقَّ بطنه وجد أمعاءه فاسدةً؟ فإنَّه لا يرجع بنقصان العيب عند أبي حنيفة.

وأجيب: بأنَّ النَّحر إفسادٌ للماليَّة بصيرورة البعير به عرضةً للنَّتن والفساد، ولهذا لا يُقطَعُ يد السَّارق لسرقته، فيختلُّ معنى قيام المبيع فيه دون القطع، وفيه فرقٌ آخرُ، وهو أنَّ المشتري يمنع بالأكل واللُّبس بعض التَّمتُّع، فكأنَّه صار انتفاعه جبرًا لنقصانه، وأمَّا القطع: فلا انتفاع له به رأسًا، فتأمَّل (مِنهُ).

(١) وهي لغةٌ فيها، والأشهر: بفتح الباء. «مختار الصحاح»: (ب ي ض).

(٢) يقال بالتُّركيِّ: خيار، وعن ابن الأعرابيِّ: وتفسير القثَّاء بالخيار تسامحٌ. «مغرب»: (ق ث د) (مِنهُ).

(٣) القَثَد - بفتح القاف والثَّاء المثلَّثة -: شيءٌ يشبه القرع بأدنى مشابهةٍ، ولا يؤكَل إلَّا مطبوخًا باللَّحم والسَّمن، يقال له بالفارسيَّة: بادرنك، وبالتُّركيِّ: شخنيار، كذا في «الأسماء» (مِنهُ).

(٤) «المغرب»: (ق ث د).

أو جَوزًا[١]، فكُسِرَ[٢]، فوَجَدَهُ(١) فاسِدًا[٣]: فلهُ نُقصانُهُ في المُنتَفَعِ بهِ[٤]، وكُلُّ ثَمَنِهِ في غيرِهِ[٥].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (أو جَوزًا) أي: أو شيئًا منَ الفواكه.

[٢] **قولُه**: (فكُسِر) أي: غيرَ عالمٍ بالعيب القديم؛ لأنَّ الكسرَ بعد العلم به: عيبٌ حادثٌ، ورضًى بالقديم.

[٣] **قولُه**: (فوُجِدَ فاسِدًا) بأن كان منتِنًا، أو مرًّا، أو خاليًا عنِ اللُّبِّ، بحيثُ لا يصلحُ لأكل النَّاسِ والدَّوابِّ.

[٤] **قولُه**: (في المُنتَفَعِ بهِ) بأن يصلُحَ لما ذكر، أو وجدَه قليلَ اللُّبِّ، فحينئذٍ كان منَ العيوب لا منَ الفَساد، كذا في «العناية»(٢).

[٥] **قولُه**: (وكُلُّ ثَمَنِهِ في غيرِهِ) أي: في غير المنتفَعِ به، ويردُّه على البائع إذا لم يأكلْ منه شيئًا بعدما ذاقَه، وإن أكلَ بعده: صار راضيًا به، لكنَّ هذا الرَّدَّ ليس بحكم الرَّدِّ بالعيب؛ بل لبطلان البيع؛ إذِ المبيعُ ليس بمالٍ؛ لأنَّه ما يُنتفَعُ به إمَّا في الحال أو في المآل، والمذكورُ ليس كذلك.

قالوا: هذا إنَّما يستقيمُ في البيض، وفي الجوز إذا لم يكن لقِشره قيمةٌ، أمَّا إذا كان له قيمةٌ كما في مواضعِ الزَّجَّاجين(٣)، فوجدَه خاليًا: فقيل: يرجعُ بحصَّة اللُّبِّ، ويصحُّ العقدُ في القِشر بحصَّته، وقيل: يردُّ القِشرَ ويرجعُ بكلِّ الثَّمن؛ لأنَّ ماليَّةَ الجوزِ قبل الكسر باعتبار اللُّبِّ دونَ القِشر، فإذا لم ينتفِعْ بلبِّه: فات محلُّ البيع، فبطلَ البيعُ وإن كان للقِشر قيمةٌ، والجوابُ في القِثَّاء وغيرِه كالجوابِ في الجوز.

---

(١) في (م٢): «فوُجِدَ».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٧٢).

(٣) لأنَّهم اتَّخذوا قشره وَقودًا لعمل الزُّجاج، كذا فُهِمَ من «الكافي»: (٦/ ٢٥١) (مِنهُ).

ومَن باعَ مَشريَّهُ ورُدَّ عليهِ بعَيبٍ بقَضاءٍ[١] بإقرارٍ، أو ببيِّنَةٍ، أو بنكولٍ(١): رُدَّ على بائعِهِ، وإن رُدَّ بِرضاهُ: لا) أي: إنِ اشترى شيئًا، ثمَّ باعَه، فادَّعى المشتري الثَّاني عيبًا على المشتري الأوَّل، وأثبتَ ذلك بالبيِّنة، أو بالنُّكول، أو بالإقرار، فقضى القاضي، فرُدَّ على بائعه: كان له أن يُخاصِمَ البائعَ الأوَّل.

قال في «الهداية»: معنى القضاءِ بالإقرار: أنَّه أنكرَ الإقرار، فأثبتَ(٢) بالبيِّنة(٣).

ذخيرة العقبى

وقالوا في بيض النَّعامة: إذا وجدَه فاسدًا بعد الكسر: يرجعُ بنقصان العيب؛ لأنَّ ماليَّته باعتبار القِشرِ بخلاف غيرِه، كذا في «الكافي»، وشروحِ «الهداية»(٤).

[١] **قولُه**: (بعَيبٍ بقَضاءٍ... إلخ) **أقول**: «بقَضاءٍ» متعلِّقٌ بـ«رُدَّ» بعد ما تعلَّقَ به.

قولُه: «بعَيبٍ» يعني: أنَّ قَبولَ المَبيعِ المردودِ بالعيب إمَّا أن يكونَ بالقضاء أو لا.

ففي الأوَّل: سواءٌ كان بإقرارٍ، أو بيِّنةٍ، أو نكولٍ: له أن يردَّه على بائعه؛ لأنَّه فسخٌ منَ الأصل، فجُعِلَ البيعُ الثَّاني كأنْ لم يكن، والبيعُ الأوَّلُ قائمٌ، فله الخصومةُ والرَّدُّ بالعيب.

وفي الثَّاني: ليس له أن يردَّه؛ لأنَّه إقالةٌ، وهي بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، وهو البائعُ الأوَّل، هذا إذا ردَّ المشتري الثَّاني على الأوَّل بعد القبض، أمَّا إذا كان قبل القبض: فلا فرقَ بينَ ما إذا كان الرَّدُّ بقضاءٍ أو بغيره؛ لأنَّ الرَّدَّ قبل القبض بالعيب فسخٌ منَ الأصل في حقِّ الكلِّ، فصار كالرَّدِّ بخيار الشَّرطِ والرُّؤية.

---

(١) في (م٢): «نُكُولٍ».

(٢) في (ش٣) و(ش٥) زيادة: «هذا».

(٣) «الهداية»: (٣/ ٣٩).

(٤) «الكافي»: (٦/ ٢٥١)، وينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٧٣).

فإن قيل: المشتري الأوَّلُ إذا أنكرَ إقرارَه بالعيب، فأثبتَ هذا بالبيِّنة: صار كأنَّه أقرَّ عند القاضي، فإنَّ الثَّابتَ بالبيِّنة كالثَّابت عِيانًا، فينبغي ألَّا يكونَ له ولايةُ الرَّدِّ على البائع الأوَّل[١]، سواءٌ أقرَّ عند القاضي، أو أنكرَ إقرارَه، فيثبتُ بالبيِّنة؛ لأنَّ الإقرارَ حُجَّةٌ قاصرةٌ، فأيُّ فائدةٍ في قولِه: معنى القضاءِ بالإقرار أنَّه أنكرَ الإقرار؟

قلنا: نحنُ لم نجعلِ الإقرارَ حُجَّةً متعدِّيةً، ولم نقل: إنَّ الرَّدَّ على المشتري الأوَّلِ ردٌّ على بائعه، بل له أن يُخاصِمَ بائعَه، فإنَّ المشتريَ الثَّانيَ إذا أثبتَ أنَّ العيبَ كان في يد المشتري الأوَّل، وردَّ عليه: فالمشتري الأوَّلُ إن أثبتَ أنَّ العيبَ كان في يد بائعِه: ردَّه عليه، وإلَّا: فلا.

والفرقُ بين إقراره عند القاضي، وبين إثبات إقرارِه بالبيِّنة: أنَّه إذا أقرَّ عند القاضي: يكونُ طائعًا في أخذ المبيع، فصار كما إذا اشترى منَ المشتري الثَّاني، فلا يكونُ له ولايةُ الرَّدِّ على البائع الأوَّل، أمَّا إذا أنكرَ إقرارَه بالعيب، فثبتَ بالبيِّنة: لم يكن طائعًا في الأخذ، فيكونُ أخذُه بحكم الفسخِ(١) كأنَّه لم يبع، فيكونُ له المخاصَمةُ مع بائعِه.

---

[١] **قولُه**: (فلا يكونُ له ولايةُ الرَّدِّ إلى البائعِ الأوَّل) أي: لم يكنْ له أن يُخاصمَه وإن كان الرَّدُّ بغير قضاءٍ بعيبٍ لا يحدثُ مثلُه؛ كالإصبعِ الزَّائدِ فضلًا عما يحدثُ مثلُه؛ كالقروحِ والأمراض، وإن كان قد يُتوهَّمُ أنَّ العيبَ إذا كان ممَّا لا يحدُث، وقد ردَّه بغير قضاءٍ: فله أن يردَّه على بائعه للتَّيقُّن بوجوده في يد البائع، والصَّحيحُ هو الأوَّلُ(٢)، هذا زبدةُ ما في «الهداية» و«العناية»(٣).

---

(١) في (ش٣) زيادة: «فصار».

(٢) يعني: رواية «الجامع الصَّغير»، صرَّح به في «الهداية»: (٣/ ٣٩) (مِنهُ).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٧٧).

وقد قيل[١]: هذه المسألةُ فيما إذا ادَّعى المشتري الثَّاني على المشتري الأوَّلِ أنَّ العيبَ كان في يد البائعِ الأوَّل، فحينَئذٍ للمشتري الأوَّلِ أن يُخاصِمَ على البائع الأوَّل، أمَّا إذا ادَّعى أنَّ العيبَ(١) في يد المشتري الأوَّل: فليس له أن يُخاصِمَ بائعَه.

أقول: فيه نظرٌ[٢]؛ لأنَّه إذا ادَّعى أنَّ العيبَ في يد البائعِ الأوَّل، وأقامَ عليه البيِّنة، وقضى على المشتري الأوَّل: فهذا القضاءُ ليس قضاءً على البائع الأوَّل،

---

[١] **قولُه**: (وقد قيل) حاصلُه ما ذُكِرَ في «حقائق المنظومةِ»(٢) حيثُ قال في موضع الخلاف: ((دعوى وجودِ العيبِ عند البائعِ الأوَّل؛ إذ لو أقامَ بيِّنةً أنَّه كان عند المشتري الأوَّل: ليس للمشتري أن يُخاصمَ بائعَه اتِّفاقًا، فإنَّه ما جُعِلَ مكذَّبًا في إقراره بكونها سليمةً عند البائع الأوَّل)).

[٢] **قولُه**: (أقول: فيه نظرٌ) **ونحن نقول**: منشأُ هذا النَّظرِ قولُ الشَّارح: «وقد قيل» وقد عرفتَ حاصلَه، وحاصلُ النَّظرِ أن يُقال: لمَّا كان القضاءُ والبيِّنةُ غيرَ واردَينِ على البائع الأوَّل؛ بل على الثَّاني: فمآلُ الدَّعوى الأولى إلى الثَّانية، فكما لا مجالَ للمخاصَمة في الثَّانية؛ لفقدان الكذبِ(٣) في سلامته عند البائع الأوَّل، فكذا في الأوَّل لهذه العلَّةِ بعينها؛ لرجوعها إليها، فالفرقُ بينَهما بتجويز المخاصمة وعدمِهِ تحكُّمٌ محضٌ، إذا عرفتَ حاصلَ النَّظرِ وموردَه على ما لخَّصناهما: جزمتَ بعدم ورودِه عليه.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «كان».

(٢) «حقائق المنظومة»: (ق: ٥١).

(٣) في (ح٥): «المكذب».

وهذه البيِّنةُ لم تقُم على البائع الأوَّلِ ولا على نائبِه؛ لأنَّ ما يُدَّعى على الغائب[١] ليس سببًا لما يُدَّعى على الحاضر.

(فإن قَبَضَ مَشريَّه وادَّعى عَيبًا: لم يُجبَر على دَفعِ ثَمَنِهِ حتَّى يَحلِفَ بائعُهُ، أو يُقيمُ بَيِّنَةً) فقولُه: «أو يُقيمُ» عطفٌ على قوله: «لم يُجبَر» وليس عطفًا على قوله: «يحلِفَ بائعُه»؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ إقامةُ البيِّنةِ غايةً لعدم الجبر، فإن أقامَ البيِّنةَ: ينتهي عدمُ الجبر، فيلزمُ الجبرُ على دفع الثَّمنِ عند إقامة البيِّنةِ على العيب، وهو غيرُ صحيحٍ(١).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لأنَّ ما يُدَّعى على الغائب) تعليلٌ لقوله: «ولا على نائبه»؛ يعني: أنَّ القضاءَ على الغائب وإقامةَ البيِّنةِ عليه لا يصحَّانِ إلَّا بحضرة نائبِه، وهو على ثلاثة أنواعٍ:

حقيقيٌّ: يكونُ بأمره وإنابتِه، وهو الوكيل.

وشرعيٌّ: وهو الوصيُّ الذي نصبَه القاضي.

وحكميٌّ: وهو أن يكونَ نيابةُ الحاضرِ عنِ الغائب حكمًا، بأن كان ما يُدَّعى على الغائب سببًا لما يُدَّعى على الحاضر على كلِّ حالٍ بحيثُ لا ينفكُّ، ففي هذه الحالةِ ينتصبُ الحاضرُ خصمًا عنِ الغائب، ويُقضى عليهما جميعًا، كما إذا ادَّعى على رجلٍ أنَّه كفَلَ عن فلانٍ بما يجبُ له عليه، وأقرَّ المدَّعى عليه بالكفالة، وأنكرَ الحقَّ، فأقامَ المدَّعي البيِّنةَ عليه أنَّه وجبَ له على فلانٍ ألفُ درهمٍ: فإنَّه يقضي بها في حقِّ الكفيلِ الحاضرِ وفي حقِّ الغائبِ جميعًا، حتَّى لو حضرَ الغائبُ وأنكر: لا يُلتفَتُ إلى إنكاره، وكلٌّ من هذه الأنواعِ منتَفٍ هنا.

(١) قوله: «وهو غير صحيحٍ»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

فالحاصلُ: أنَّ المشتريَ إذا ادَّعى عيبًا: يُقيمُ بيِّنةً على دعواه ويرُدُّه، وإن لم يكن له بيِّنةٌ: يحلِفُ بائعُه بأنَّه لا عيب، وحينَئذٍ يُجبرُ على دفع الثَّمن، لا قبلَ الحلِف، فأحدُ الأمرَينِ ثابتٌ:

١- إمَّا إقامةُ البيِّنةِ على وجود[1] العيب.

٢- أو عدمُ الجبرِ على دفع الثَّمنِ حتَّى يحلِفَ بائعُه[2].

أمَّا الأوَّلان: فلأنَّ عدمَ كونِ المشتري الأوَّلِ وكيلًا منَ البائع الأوَّل، ولا وصيًّا من جانب القاضي: فغنيٌّ عنِ البيان.

وأمَّا الثَّالث: فلأنَّ العيبَ الذي ادَّعى المشتري الثَّاني على البائع الأوَّلِ الغائبِ لا يكونُ سببًا لازمًا لِما ادَّعاه على المشتري الأوَّلِ الحاضر؛ لأنَّ العيبَ المذكورَ قد يتحقَّقُ عند البائعِ الأوَّل، ولا يتحقَّقُ عند المشتري الأوَّل؛ كما في المعايب المتزايِلة[3]، وقد يكونُ متحققًا عندهما معًا، بحيثُ يكونُ الأوَّلُ سببًا للثَّاني، كما في المستمرَّة مثلَ الإصبعِ الزَّائدة، ولزومُ السَّببيَّةِ شرطُ[4] النِّيابةِ الحكميَّةِ كما صرَّحوا به.

قال شرَّاحُ «الهداية»[5]: ((وأمَّا إذا لم يكنِ المدَّعى على الغائب سببًا لازمًا للمدَّعى على الحاضر؛ بل قد يكونُ سببًا وقد لا يكون؛ كرجل جاء إلى امرأة الغائبِ وقال: «إنَّ زوجَكِ وكَّلَني بأن أنقلَكِ إليه»، فأقامَتِ البيِّنةَ أنَّ زوجَها طلَّقَها ثلاثًا:

---

(١) في (ش١) و(ش٣) و(ش٥): «وجوبِ».

(٢) «بائعه»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(٣) أي: عن الدَّائمة المستمرَّة؛ كالأمراض والقروح، وفيه بحثٌ فليُتأمَّل (مِنهُ).

(٤) فإن لم يوجد شرطُ الحكم على الغائب: حُكِمَ على الحاضر فقط (مِنهُ).

(٥) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣١١).

وإن نُصِبَ قولُه: «أو يُقيمَ»: فله وجهٌ[١]، وهو أن يكونَ المرادُ بعدم الجبرِ على دفع الثَّمنِ: عدمَ الجبرِ على دفعه(١) بشرط أن يكونَ واجبًا بحكم البيع، وهو معنيٌّ بأحد الأمرَين:

١ - إمَّا الحلِفُ على أنَّه لا عيب، فحينئذٍ يُجبرُ على دفع الثَّمن.

ذخيرة العقبى

تُقصَرُ يدُ الوكيلِ عنها، ولا يُقضى بالطَّلاق؛ لأنَّ المدَّعى شيئان: الطَّلاقُ وقصرُ يدِ الحاضر، والطَّلاقُ قد يتحقَّقُ ولا يوجبُ انعزالَ الوكيل، بأن لا يكونَ هناك وكالةٌ، وقد يتحقَّقُ موجِبًا للانعزال(٢)، بأن وُجِدَ بعد الوكالة، فلا يكونُ انعزالُ الوكيلِ حكمًا أصليًّا للطَّلاق، فكان سببًا من وجهٍ دونَ وجهٍ)).

فقلنا: إنَّه يُقضى بقصر يدِ الوكيل، ولا يُقضى بالطَّلاق عملًا بهما، وإنَّما أطنَبْنا الكلامَ في هذا المقام، فإنَّه مِن مزالقِ أقدامِ الخواصِّ فضلًا عنِ العوامِّ، مَن أرادَ زيادةَ الاطِّلاعِ على تفاصيلِ هذه الكلمات: فلينظُرْ في «أدب القاضي» من هذا الكتابِ(٣) وسائرِ المعتبَرات(٤).

[١] **قولُه**: (فله وجهٌ) قيل: وله وجهٌ آخرُ غيرُ ما ذكرَه الشَّارح، وهو نصبُ «يُقيمَ» عطفًا على «يحلفَ» بشرط أن يكونَ لـ«يُقيمَ» معنًى آخرُ مغايرٌ لمعنى «يحلف» مقدَّرٌ في نظم الكلامِ بمعونة المَقام، فيكونُ تقديرُ الكلامِ هكذا: فإن قبضَ مشريَّه فادَّعى عيبًا: لم يُجبَرِ المشتري على دفع الثَّمن، ولم يُجبَرِ البائعُ على قَبول المبيعِ حتَّى يحلفَ بائعُه أو يُقيمَ بيِّنةً، فحُذِفَ اكتفاءً بدلالة: «أو يُقيمَ» عليه بطريق اللَّفِّ والنَّشرِ

(١) قوله: «دفعه» في (ش٣): «دفعِ الثَّمن».
(٢) «موجبًا للانعزال» في (ح٥): «موجب الانعزال».
(٣) ينظر: (٤/ ٣٣٥) وما بعدها.
(٤) كـ«الغاية»: (١١/ ١٤٢)، و«الدِّراية»: (٦/ ٤٢٨)، و«العناية»: (٧/ ٣١١) (مِنهُ).

٢- أو إقامةُ البيِّنةِ على وجود العيب، فحينئذٍ يُفسَخُ البيع، ولا يبقى الثَّمنُ واجبًا، فينتهي عدمُ الجبرِ[١] بشرط كونِه واجبًا.

ذخيرة العقبى

التَّقديريِّ، كما ذهبَ إليه بعضُ المفسِّرينَ(١) في تفسير قولِه تعالى: ﴿يَوْمَ يَأْتِي بَعْضُ ءَايَٰتِ رَبِّكَ لَا يَنفَعُ نَفْسًا إِيمَٰنُهَا لَمْ تَكُنْ ءَامَنَتْ مِن قَبْلُ أَوْ كَسَبَتْ فِىٓ إِيمَٰنِهَا خَيْرًا﴾ [الأنعام: ١٥٨] حيثُ قال: ((والمعنى: لا ينفعُ نفسًا إيمانُها ولا عملُها لم تكن آمنَت أو كسبَتْ في إيمانها خيراً)).

وقال الأكمل(٢): ((إنَّ هذا من باب: علفتُها تبنًا وماءً باردًا، تقديرُه: وسقيتُها ماءً باردًا)).

ونحن نقول: لا ريبةَ أنَّ استصعابَ الشَّارحِ نصبَ «أو يُقيمَ» بناءً على خصوصيَّة تركيبِ المصنِّف، وأمَّا بابُ ارتكابِ التَّمحُّلاتِ في التَّقديرات: فواسعٌ لا يُضيِّقُه ما ذُكِرَ بوجهٍ منَ الوجوه(٣).

[١] **قولُه:** (فينتهي عدمُ الجبر... إلخ) قيل: إذا انتهى عدمُ الجبر: يتحقَّقُ الجبر؛

---

(١) يعني: صاحب «الكشَّاف»: (٢/ ٨١) وغيره (مِنهُ).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٧٨).

(٣) وفيه وجهان آخران: **الأوَّل:** أن يُجعلَ الكلام متضمِّنًا للفظٍ عامٍّ يندرج تحته الغايتان، فيقال: لم يُجبَر على دفع الثَّمن حتَّى يظهر وجه الحكم؛ أي: حكم الإجبار، أو حكم عدم الإجبار؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الحلف وإقامة البيِّنة حكمٌ من الأحكام، وهذا مثل قول من قال في «علفتها»: إنَّه بمعنى: أطعمتها، فإنَّه يُستعمَل في البيع كاستعمال الطَّعام في معنى الشُّرب، قال الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩] أي: ومن لم يشربه.

والثَّاني: أنَّ الانتظار مستلزمٌ لعدم الإجبار، وذكر اللَّازم وإرادة الملزوم كنايةٌ، ثم قال: والحقُّ أنَّ الاستشكال إنَّما هو بالنَّظر إلى مفهوم الغاية، وهو ليس بلازمٍ، كذا في «الأكمليَّة»: (٦/ ٣٧٨) (مِنهُ).

(وعندَ غَيبَةِ شُهودِهِ: دَفَعَ الثَّمَنَ(١) إن حَلَفَ بائعُهُ، ولَزِمَهُ عَيبُهُ إن نَكَلَ) أي: إن قال المشتري: «شهودي غُيَّبٌ»: دفعَ الثَّمنَ إن حلفَ بائعُه ألَّا عيب، وإن نكلَ البائع: ثبتَ العيب.

(فإنِ ادَّعى(٢) إباقَهُ: أقامَ بَيِّنَةً أوَّلًا أنَّهُ أبَقَ عندَهُ(٣)، ثُمَّ حَلَفَ بائعُهُ: «باللهِ[١] لقد باعَهُ وسَلَّمَهُ وما أبَقَ قَطُّ»، أو: «باللهِ ما لهُ حَقُّ الرَّدِّ عليكَ مِن دَعواهُ هذه»، أو: «باللهِ ما أبَقَ عندَكَ قَطُّ».

لا(٤): «باللهِ لقد باعَهُ وما بِهِ هذا العَيبُ»، ولا: «باللهِ لقد باعَهُ وسَلَّمَهُ وما بِهِ هذا العَيبُ») وإنَّما لا يحلِفُ بهذَينِ الطَّريقَين:

لامتناع ارتفاعِ النَّقيضَين.

أقول: هذا في الدَّلالة على عدم تصوُّرِ المَقام بحيثُ تعيَّر منَ التَّفوُّه به(٥) مَن ليس له أدنى تمييزٍ من العوامِّ.

[١] **قولُه:** (ثمَّ حَلَفَ بائعُهُ: باللهِ... إلخ) واعلم أنَّ التَّحليفَ على فعل الغيرِ يكونُ على العلم مطَّردًا في جميع المسائلِ إلَّا في دعوى الإباق، والسَّرقة، والبولِ في الفِراش، يحلفُ على البتات؛ لأنَّ البائعَ يدَّعي تسليمَ المبيعِ سليمًا كما التزمَه، فالاستحلافُ يرجعُ في المعنى إلى فعل نفسِه.

(١) «الثَّمن»: سقط من النُّسخ عدا (ش٥).

(٢) أي: المشتري.

(٣) أي: عند المشتري.

(٤) أي: لا يحلف.

(٥) في (ح١): «يعبر من التفوه به»، وفي (ح٢): «تغير من النعو به»، وفي (ح٣): «يعرف التفوه به»، وفي (ح٥): «يعير عن التفوه به».

إذ في الأوَّل: يُمكنُ ألَّا يكونَ العيبُ وقتَ البيع، فيحدثُ بعدَ البيع قبلَ التَّسليم، وعلى هذا التَّقدير: للمشتري حقُّ الرَّدِّ أيضًا.

وأمَّا في الثَّاني: فلأنَّ البائعَ يُمكنُ أن يُؤوِّلَ كلامُه بأن يكونَ المرادُ أنَّ العيبَ لم يكن موجودًا عند البيع والتَّسليم، بمعنى أنَّ وجودَ العيبِ عند كلِّ واحدٍ منهما منتَفٍ، فيُمكنُ أنَّه كان(١) موجودًا عند التَّسليم لا البيع.

فإن قلتُ: هذا الاحتمالُ ثابتٌ في قوله: «لقد باعَه وسلَّمَه وما أبَقَ قطُّ» أي: وُجِدَ كلُّ واحدٍ منهما، وما أبَقَ عند وجود كلِّ واحدٍ(٢)، فيُمكنُ أنَّه قد أبَقَ عند وجود التَّسليمِ لا البيع.

قلتُ: كلمة: «قطُّ» تُنافي هذا المعنى؛ لأنَّها موضوعةٌ لعموم السَّلبِ في الماضي، وذلك المعنى هو سَلبُ العموم(٣).

(وعندَ عَدَمِ بَيِّنَةِ المُشتَري على العَيبِ عندَهُ: يَحلِفُ بائعُهُ عندَهُما(٤)[١] أنَّهُ ما يَعلَمُ أنَّهُ أبَقَ عندَهُ(٥)، ....

[١] قولُه: (يَحلِفُ بائعُهُ عندَهُما) وإنَّما يحلفُ البائعُ ههنا بالعلم؛ لأنَّه على فعل الغيرِ الذي هو العبدُ بعد وجود التَّسليم، فإن حلف: لم يثبُتْ، وإن نكل: ثبت، فيحلفُ بعده على البتات على أنَّه لم يكنْ عنده للرَّدِّ.

---

(١) في (ش٤): «يكون».
(٢) في (ش٣) زيادة: «منهما».
(٣) أي: سلب العيب يكون موجودًا في الزَّمان الماضي مطلقًا، غيرَ مختصٍّ بوقت البيع فقط، أو التَّسليم فقط. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٠٢).
(٤) أي: على قول الصَّاحبين.
(٥) أي: عند المشتري.

واختَلَفوا(١) على قَولِ أبي حَنيفَةَ(٢)) قد ذكَرَ أنَّ المشتريَ أقامَ بيِّنةً أوَّلًا أنَّه أبَقَ عندَه، فإن لم يكن له بيِّنةٌ: يحلِفُ البائعُ عندهما بأنَّك ما تعلَمُ أنَّه أبَقَ عند المشتري؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**البيِّنةُ على المدَّعي، واليمينُ على مَن أنكر**»(٣) فكلُّ شيءٍ يثبتُ بالبيِّنة: فعند العجز عنها يتوجَّه اليمينُ على المنكِر.

واختلفَ المشايخُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ على قول أبي حنيفةَ(٤).

ووجهُ عدمِ الاستحلاف: أنَّ اليمينَ لا يتوجَّهُ[١] إلَّا على الخصم، ولا يصيرُ خصمًا إلَّا بعدَ قيام العيبِ عندَه، فلا يُمكنُ إثباتُ هذا بالحلِف؛ لأنَّه دورٌ، أمَّا البيِّنةُ: فقد تُقامُ ليصيرَ خصمًا، لكن لا يحلِفُ ليصيرَ خصمًا.

والفرقُ أنَّ وجوبَ الحلِفِ ضررٌ، فإذا لم يكن خصمًا: فلا وجهَ لإلزام الضَّررِ عليه، بخلاف إقامةِ البيِّنة؛ إذِ المدَّعي مختارٌ في إقامة البيِّنة(٥)، فهي أهونُ من إلزام الضَّررِ عليه، فجُعِلَ إقامةُ البيِّنةِ طريقًا لإثبات كونِه خصمًا، لا التَّحليف.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (أنَّ اليمينَ لا يتوجَّهُ... إلخ) قال الزَّيلعيُّ(٦): ((وقيل: لا يحلف؛ لأنَّ التَّحليفَ شُرِعَ لدفع خصومةٍ محقَّقةٍ لا لإنشائها، ولو حلف البائعُ هنا: لا تنقطعُ الخصومةُ بينَهما؛ بل تتحقَّقُ خصومةٌ أخرى، فإنَّه متى نكلَ عنِ اليمين: يتحقَّقُ العيبُ للحال، فيحدثُ بينَهما أنَّ هذا العيبَ هل كان عند البائع ويحتاجُ إلى استحلافه مرَّةً أخرى؟)).

---

(١) أي: المشايخُ.

(٢) فقيل: يحلف أيضًا، وقيل: لا يحلف، وهو الأصحُّ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٤).

(٣) أخرجه بهذا اللَّفظ البيهقيُّ في «السُّنن الكبرى»: (٢١٧٣٣)، من حديث عبد الله بن عبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(٤) فقيل: يحلف، وقيل: لا يحلف، وهو الأصحُّ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٠٤).

(٥) قوله: «إقامةِ البيِّنةِ» في (ش١): «إقامتِه»، وفي (ش٤): «إقامتِها».

(٦) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٣٩) بتصرُّفٍ يسيرٍ.

(ولو قالَ البائعُ بعدَ التَّقابُضِ(١): «بِعتُكَ هذا المَبِيعَ(٢) معَ آخَرَ»، فقالَ(٣) المُشتَري: «بل هذا وَحدَهُ»: فالقَولُ لهُ) أي: إذا ظهر في المبيع بعدَ التَّقابُض عيبٌ: فيرُدُّه المشتري ويُطالبُ(٤) الثَّمن، فيقولُ البائع: «هذا الثَّمنُ مقابَلٌ بهذا الشَّيء معَ شيءٍ آخرَ»، ويقولُ المشتري: «بل هو مقابَلٌ بهذا الشَّيء وحدَه»: فالقولُ له(٥) معَ اليمين؛ لأنَّ الاختلافَ وقعَ في مقدار المقبوض، فالقولُ للقابض[١]، كما في الغصب(٦).

(وكذا إذا اتَّفَقا في قَدرِ المَبيعِ، واختلَفا في المَقبوضِ) أي: اتَّفقا في أنَّ المبيعَ شيئان، واختلَفا في المقبوض، فقال المشتري: «قبضتُ أحدَهما فقط»، وقال البائع: «بل قبضتَهما»: فالقولُ للمشتري على ما مرَّ(٧)[٢].

(ولوِ اشتَرى عَبدَينِ صَفقَةً(٨)، وقَبَضَ أحَدَهُما، ووَجَدَ بِهِ(٩) أو بالآخَرِ عَيبًا:

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فالقولُ للقابض)؛ لأنَّه أعرفُ بما قبض، ومنكِرٌ لقبض الزَّائد.

[٢] قولُه: (على ما مرَّ) بل ههنا أَولى؛ لأنَّ كونَ المبيعِ(١٠) شيئَينِ أمارةٌ ظاهرةٌ على أنَّ المقبوضَ كذلك؛ لأنَّ العقدَ عليهما سببٌ مطلقٌ لقبضهما.

---

(١) أي: بعد قبض المشتري المبيعَ، وقبض البائع الثَّمنَ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٠٤).

(٢) في (ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «المَعيب». (٣) في (م٢): «وقال».

(٤) في (ب، ج، د): «فيطالبُ»، وفي (ش٥): «ويطلب».

(٥) أي: للمشتري مع اليمين.

(٦) فإنَّه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه، فقال المغصوب منه: «غصبتَ منِّي غلامين»، وقال الغاصب: «غلامًا واحدًا»: فالقول للغاصب؛ لأنَّه القابض. «البناية شرح الهداية»: (٨/ ١٢٦).

(٧) من أنَّ الاختلاف في مقدار المقبوض القولُ قولُ القابض.

(٨) في (ش٢)، و(م٢) زيادة: «واحدةً». (٩) أي: بالمقبوض.

(١٠) في (ح٥): «البيع».

أَخَذَهُما أو رَدَّهُما، ولو قَبَضَهُما رَدَّ المَعيبَ خاصَّةً)؛ لأنَّ الصَّفقةَ إنَّما تتمُّ بالقبض، فقبلَ القبض لا يجوزُ[١] تفريقُ الصَّفقة، وبعدَ القبض يجوز[٢].

(وكَيليٌّ أو وَزنيٌّ قُبِضَ(١)، إن وَجَدَ ببَعضِهِ عَيبًا: رَدَّ كُلَّهُ أو أخَذَهُ)؛ لأنَّه إذا كان من جنسٍ واحدٍ: فهو كشيءٍ واحدٍ، وقيل: هذا إذا كان في وعاءٍ واحدٍ، حتَّى لو كان في وعاءَين: فهو بمنزلة عبدَين، فيرُدُّ الوعاءَ الذي فيه المَعيب.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فقبلَ القبضِ لا يجوزُ)؛ لأنَّ للقبض شَبَهًا بالعقد من حيثُ إنَّ القبضَ يُثبتُ مِلكَ التَّصرُّفِ ومِلكَ اليد، كما أنَّ العقدَ يُثبتُ مِلكَ الرَّقبة، والغرضُ من مِلك الرَّقبة: مِلكُ التَّصرُّفِ، ومِلكُ اليد، فالتَّفريقُ في القبض كالتَّفريقِ في العقد، فكما لو قال: «بعتُ منك هذَينِ العبدَين»، فقال: «قبلتُ أحدَهما»: لم يصحَّ، فكذا هذا.

[٢] قولُه: (وبعدَ القبضِ يجوزُ) وقال زفر: لا فرقَ بينَه وبينَ التَّفريقِ قبل القبض؛ لأنَّه لا يعرى عن ضررٍ؛ إذِ العادةُ جرَتْ بضمِّ الجيِّد إلى الرَّديء، فأشبهَ ما قبلَ القبض؛ لجامع دفعِ الضَّرر.

ولنا: أنَّه إذا قبضَهما جميعًا: فقد تمَّتِ الصَّفقة، والتَّفريقُ بعده غيرُ ضائرٍ.

قيل: هذا الاختلافُ في شيئَينِ يُمكنُ إفرادُ أحدِهما بالانتفاع كالعبدَين، أمَّا إذا لم يُمكن؛ كزوجَيِ الخفِّ، ومِصْراعَيِ الباب(٢): فإنَّه يردُّهما أو يُمسكُهما(٣).

---

(١) أي: لو اشترى ممَّا يُكال، أو يوزَن، فقبض.

(٢) **مصراع الباب** - بكسر الميم وسكون الصَّاد المهملة -: نصفه؛ يعني: أحد شقَّيه، وهو بالفارسيِّ: يكي از دو تختهء در (منهُ).

(٣) حتَّى لو كان المبيع ثوبين قد لُفَّ أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه: لا يمكن ردُّ المعيب خاصَّة، كذا في «الأكمليَّة»: (٦/ ٣٨٨) (منهُ).

(ولوِ استُحِقَّ بَعضُهُ: لم يَرُدَّ باقيَهُ، بخِلافِ الثَّوبِ)؛ لأنَّه لا يضرُّه التَّبعيض، والاستحقاقُ لا يمنعُ[١] تمامَ الصَّفقة؛ لأنَّ تمامَها برِضا العاقدَين، وهذا[٢] بعدَ القبض.

أمَّا لوِ استُحِقَّ البعضُ قبلَ القبض: فللمشتري حقُّ الفسخِ في الباقي؛ لتفرُّق الصَّفقةِ قبلَ التَّمام.

أمَّا في الثَّوب[٣]: فالتَّبعيضُ يضرُّه، فله الخيارُ في الباقي.

---

[١] قولُه: (والاستحقاقُ لا يمنعُ... إلخ) جوابُ سؤالٍ تقديرُه أن يُقال: انتفاءُ الخيارِ في ردِّ ما بقيَ يستلزمُ تفريقَ الصَّفقةِ قبل التَّمام؛ لأنَّ تمامَها بالرِّضاء، والمستحِقُّ لمن يكن راضيًا، وتوجيهُ الجوابِ أنَّ الاستحقاقَ لا يمنعُ تمامَها؛ لأنَّها برضاء العاقدِ لا المالك؛ لأنَّ العقدَ حقُّ العاقد، فتمامُه يستدعي تمامَ رضاه، وبالاستحقاق لا ينتفي ذلك.

[٢] قولُه: (وهذا) أي: كونُ الاستحقاقِ لا يوجِبُ خيارَ الرَّدِّ(١)، يُرشدُك هذا إلى أنَّ تمامَ الصَّفقةِ يحتاجُ إلى رضاء العاقدِ وقبضِ المَبيع، وانتفاءُ أحدِهما يوجبُ عدمَ تمامِها.

[٣] قولُه: (أمَّا [في] الثَّوب... إلخ) يعني: إذا كان المبيعُ ثوبًا وقد قبضَه المشتري، ثمَّ استُحِقَّ بعضُ الثَّوب: فللمشتري الخيارُ في ردِّ ما بقي؛ لأنَّ التَّشقيصَ(٢) في الثَّوب عيبٌ؛ لأنَّه يضرُّ في ماليَّته والانتفاعِ به.

---

(١) في (ح٥): «الرؤية».

(٢) الشِّقص - بكسر الشِّين -: طائفةٌ من الشَّيء، «صحاح»: (شقص) (مِنهُ).

[ما يُعدُّ رضًا بالمَعيب وما لا يُعدُّ]

(ومُداواةُ المَعيبِ[١] ورُكوبُهُ في حاجَتِهِ: رِضًا، ولو رَكِبَهُ لِرَدِّهِ، أو لسَقيِهِ، أو لشِراءِ(١) عَلَفِهِ، ولا بدَّ لهُ منهُ[٢]: فلا(٢)).

(ولو قُطِعَ يَدُهُ(٣) بعدَ قَبضِهِ، أو قُتِلَ بسَبَبٍ كانَ عندَ بائعِهِ: رَدَّهُ(٤)، وأَخَذَ ثَمَنَهُ)

ذخيرة العقبى

واعتُرِضَ عليه: بأنَّ الاستحقاقَ عيبٌ جديدٌ حدثَ في يد المشتري، ومثلُه يمنعُ الرَّدَّ بالعيب، وجوابُه أنَّه ليس بحادثٍ في يده؛ بل كان في يد البائعِ حيثُ ظهرَ الاستحقاق.

[١] **قولُه**: (ومُداواةُ المَعيبِ) أي: هي رضاه بالعيب الذي يُداويه لا بعيبٍ آخر؛ لأنَّ الرِّضا بعيبٍ لا يستلزمُ الرِّضا بالآخر.

[٢] **قولُه**: (ولا بدَّ لهُ منهُ)؛ لصعوبة الدَّابَّة؛ لكونها شَموسًا(٥) لا تتبعُ القائد، أو لعجز الرَّاكبِ عنِ المشي؛ لضَعفٍ أو كِبَرٍ ونحوِ ذلك.

واعلم أنَّ هذا القيدَ(٦) مختصٌّ بما إذا كان الرُّكوبُ للسَّقي أوِ الشِّراء(٧)، أمَّا الرُّكوبُ للرَّدِّ: فلا فرقَ فيه بينَ أن يكونَ منه بدٌّ أو لا؛ لأنَّ في الرُّكوب ضبطَ الدَّابَّة، وحفظًا لها من حدوث عيبٍ آخر.

---

(١) في (م٢): «أو شراءِ».

(٢) أي: لا يكون بهذه الأشياء رضًا بالعيب.

(٣) أي: ولو قُطِعَت يدُ المبيع بسبب جنايةٍ كان قد ارتكبها سابقًا: قُبَلَ قبضُه. وقوله: «يده»: سقط من النُّسخ عدا (ش٥).

(٤) أي: ردَّ المبيعَ.

(٥) وهو - بفتح الشِّين المعجمة، وآخره سين مهملة -، وجمعه: شَمَسٌ - بفتحتين -: الفرس الذي يمنع ظهره، ولا نقول: شموص، كذا في «الصِّحاح» و«المغرب»: (شمس) (مِنهُ).

(٦) قوله: «ولا بدَّ له» (مِنهُ).

(٧) أي: شراء العلف (مِنهُ).

الرَّدُّ في صورة القطع[١]، وأمَّا في القتل: فلا ردَّ، بل أخذَ الثَّمنَ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ هذا بمنزلة الاستحقاقِ عنده.

فأمَّا عندهما: فيرجعُ بالنُّقصان؛ لأنَّ هذا بمنزلة العيب[٢]، فيُقوَّمُ بدون هذا العيب، ثمَّ بهذا العيب، فيضمنُ البائعُ تفاوتَ ما بينَهما، كما إذا اشترى جاريةً حاملًا[٣]، فماتَت في يده بالولادة: فإنَّه يرجعُ بفضل ما بينَ قيمتها حاملًا وغيرَ حاملٍ.

ولأبي حنيفة: أنَّ سببَ الهلاكِ كان في يد البائع، فإذا هلكَ في يد المشتري: يكونُ مُضافًا إلى ذلك السَّبب، بخلاف الحَمل[٤]، فإنَّ الحملَ ليس سببًا للهلاك.

---

[١] **قولُه**: (الرَّدُّ في صورةِ القطعِ) المتبادَرُ من هذا الأسلوبِ تعيُّنُ الرَّدِّ في هذه الصُّورة، معَ أنَّ له أن يُمسكَه ويرجعَ بنصف الثَّمنِ عند الأعظم؛ لأنَّ اليدَ منَ الآدميِّ نصفُه، فتأمَّلْ.

[٢] **قولُه**: (بمنزلةِ العيبِ) **وثمرةُ الخلافِ تظهر**: فيما إذا اشترى وهو عالمٌ بوجوب القتلِ أوِ القطع: لا يبطلُ حقُّه عنده؛ لأنَّ العلمَ بالاستحقاق لا يمنعُ الرُّجوع، ويبطلُ عندهما؛ لأنَّ العلمَ بالعيب رضاءٌ به، كذا في «التَّبيين»(١).

[٣] **قولُه**: (كما إذا اشترى [جاريةً] حاملًا) أي: ولم يعلمْ بالحمل وقتَ الشِّراءِ والقبض، فماتَت... إلخ.

[٤] **قولُه**: (بخلافِ الحَملِ) جوابٌ تسليميٌّ للأعظم عمَّا قالا في مسألة الحامل؛ يعني: سلَّمْنا أنَّ المسألةَ كما قالا، فالحملُ ليس بهالكٍ، وهو مختارُ الشَّارحِ بناءً

(١) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٤٢).

[البراءةُ مِن كلِّ عيبٍ]

(ولو باعَ وبَرِئَ مِن كُلِّ عَيبٍ: صَحَّ وإن لم يَعُدَّها).

وعند الشَّافعيِّ: لا يصحُّ بناءً على أصله أنَّ البراءةَ عنِ الحقوق المجهولةِ لا تصحُّ عنده(١).

وعندنا: يصحُّ؛ إذ إسقاطُ المجهولِ لا يضُرُّ(٢)؛ لأنَّه لا يُفضي إلى المنازَعة.

ثمَّ هذه البراءةُ[١] تشملُ العيبَ الموجود، وأيضًا العيبَ الحادثَ(٣) قبلَ القبض

ذخيرة العقبى

على أنَّ السَّببَ الذي كان عند البائع يوجبُ انفصالَ الولد، لا موتَ الأمِّ؛ بلِ الغالبُ عند الولادة السَّلامة، وفيه جوابٌ منفيٌّ له أيضًا، وهو أنَّ ما ذُكِرَ قولُهما.

وأمَّا عنده: فالمشتري يرجعُ على البائع بكلِّ الثَّمنِ إذا ماتَت منَ الولادة، كما هو مذهبُه فيما إذا اقتصَّ منَ العبد المشترى(٤).

[١] **قولُه**(٥): (ثمَّ هذه البراءةُ) احترازٌ عمَّا لو قال: «بعتُ هذا العينَ على أنِّي بريءٌ من كلِّ عيبٍ به»، فإنَّه لا يبرأُ عنِ الحادث بالإجماع؛ لأنَّه لمَّا قال: «به» اقتصرَ على الموجود، كذا في «العناية»(٦).

---

(١) ينظر: «فتح العزيز»: (٨/ ٣٣٩).

(٢) «في (ش٢): «لا يضرُّه».

(٣) قوله: «وأيضًا العيبَ الحادثَ» في (ش٢): «وأيضًا على العيب الحادثِ»، وفي (ش١): «والحادث».

(٤) صورته: رجلٌ له عبدٌ، فقتل ذلك العبد عند المولى رجلًا عمدًا، فباعه، فاقتُصَّ منه في يد المشتري: فهو يرجع على البائع بكلِّ الثَّمن، كذا في «البيانيَّة»: (٩/ ٦١٩) (مِنهُ).

(٥) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(عند أبي يوسف)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٩٩).

عند أبي يوسُف[١].

وعند محمَّدٍ: لا تشملُ العيبَ الحادث.

[١] قولُه: (عند أبي يوسُف) أقول: التَّخصيصُ به ههنا وفي «الهداية» يُشعرُ بعدم اتِّفاقِ الأعظمِ معه، معَ أنَّ الأكملَ(١) صرَّحَ باتِّفاقهما حيثُ قال: ((البيعُ بشرط البراءةِ من كلِّ عيبٍ: صحيحٌ، سمَّى العيوبَ وعدَّدَها أو لا، علِمَه البائعُ أو لم يعلَمْه، وقفَ عليه المشتري أو لم يقِفْ، أشارَ إليه أو لا، موجودًا كان عند العقد والقبض، أو حدثَ بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ في روايةٍ، وقال محمَّدٌ: لا يدخلُ الحادثُ قبل القبض، وهو روايةٌ عن أبي يوسف)).

(١) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٣٩٦).

بابُ البيعِ الفاسد

(بَطَلَ[(١)] بَيعُ ما ليس بمالٍ؛ كالدَّمِ والمَيتَةِ والحُرِّ، والبَيعُ بِهِ[(٢)]، وكذا بَيعُ أُمِّ الوَلَدِ[(٣)]، والمُدَبَّرِ[(٤)]، والمُكاتَبِ[(٥)]، وبَيعُ مالٍ غيرِ مُتَقَوَّمٍ؛ كالخَمرِ والخِنزيرِ

ذخيرة العقبى

بابُ البيعِ الفاسد[(٦)]

قدَّمَ الصَّحيحَ بنوعَيه منَ اللَّازمِ وغيرِ اللَّازمِ على الفاسد؛ لأنَّه هو الأصل، ثمَّ لقَّبَ البابَ بالفاسدِ معَ أنَّه بدأَ بالباطل كما ترى؛ لكثرة وقوعِه بتعدُّد أسبابِه، أو لأنَّه أعمُّ منَ الباطل؛ لأنَّه موجودٌ في الفاسد، والباطلُ بخلافه، فإنَّه ليس بموجودٍ في

---

(١) في (م٢): «وبطل».

(٢) أي: بيعُ شيءٍ بواحدٍ من هذه الأشياء، وهي: الميتة، والدَّم، والحرُّ، أي: جعلُه ثمنًا بإدخال الباء عليه، كأن يقول: «بعتُ هذا الثَّوبَ بهذه المَيتة مثلًا». «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١١٤).

(٣) أمُّ الولد: هي الأمة التي وطئها سيِّدُها ووضعَتِ الحملَ منه، والسَّيِّد ادَّعاه، فالولد حرٌّ تبعٌ لأبيه، والأمُّ تصير معتَقةً بعد موت سيِّدها، وإن لم يقُل به.

(٤) المدبَّر: هو العبد الذي قال له سيِّده: «إذا متُّ: فأنت حرٌّ».

(٥) المكاتَب: هو العبد الذي قال له سيِّده: «إن أدَّيت إليَّ من الدَّراهم كذا: فأنت حرٌّ».

(٦) قال الزَّيلعيُّ (٤/ ٤٤): ((اعلم أنَّ البيع على أربعة أقسامٍ:
صحيحٌ: وهو المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع، وباطل: [من بطل اللَّحم؛ إذا دوَّد وسوَّس بحيث لا يُنتفَع به]، وهو غير مشروعٍ أصلًا فضلًا عن إفادة الحكم، وفاسدٌ: [من فسد اللَّحم؛ إذا نتن بحيث يمكن الانتفاع به]، وهو مشروعٌ بأصله دون وصفه، وهو يفيد الحكم إذا اتَّصل به القبض، وموقوفٌ: وهو يفيد الحكم على سبيل التَّوقُّف، وامتنع تمامه لأجل غيره، وهو بيع ملك الغير))، انتهى كلامه. [وما بين معقوفات ليس من «التَّبيين»].
وفيه قسمٌ خامسٌ، وهو: المكروه، وقد بيَّن الشَّارح حكم الباطل في أثناء هذا الباب بقوله: «ثمَّ اعلم أنَّ في البيع الباطل» توطئةً لبيان المصنِّف حكم البيع الفاسد بقوله: «فإن قبض المشتري... إلخ»، والمكروه بقوله: «وكُرِهَ النَّجش» (مِنهُ).

بالثَّمَنِ[١]).

ذخيرة العقبى

الفاسد، فكان هذا التَّلقيبُ نظيرَ تلقيبِ بابِ الأوقاتِ التي تُكرَهُ فيها الصَّلاة، ثمَّ بدأ بقوله(١): «ولا يجوزُ صلاةٌ... إلخ»؛ لكون الكراهةِ أعمَّ محلًّا من عدم الجواز، كذا في «النِّهاية»(٢).

وقد جعلَ في «الدِّراية»(٣) الفاسدَ شاملًا للمكروه أيضًا، وهو ما يكونُ مشروعًا بأصله ووصفِه، لكن جاورَه شيءٌ آخرُ منهيٌّ عنه، فكان الفاسدُ شاملًا للكلِّ؛ لأنَّ الفاسدَ فائتُ الوصف، والباطلَ فائتُ الأصلِ والوصف، والمكروهَ فائتُ وصفِ الكمال، فيكونُ فواتُ الوصفِ موجودًا في الكلِّ، وكلُّ ما أورثَ خللًا في ركن البيع: فهو مبطِلٌ، وما أورثَه في غيره؛ كالتَّسليمِ والتَّسلُّمِ الواجبَينِ(٤) به، والانتفاعِ المقصودِ منه، وعدمِ الإطلاقِ عن شرطٍ لا يقتضيه، وغيرِ ذلك: فهو مفسِدٌ.

وعلى هذا تفصيلُ المسائلِ المذكورةِ في الشَّرح حيثُ قال: «فيخرُجُ التُّرابُ ونحوُه» إلى قوله: «حتفَ أنفِه»؛ لانعدام الرُّكنِ، وهو مبادلةُ المالِ بالمال؛ لأنَّ هذه الأشياءَ لا تُعَدُّ مالًا عند أحدٍ ممَّن له دينٌ سماويٌّ(٥)، كذا في «العناية»(٦).

[١] قولُه: (بالثَّمَنِ) متعلِّقٌ بـ«بيعُ مالٍ غيرِ مُتقوَّمٍ» كما يدلُّ عليه شرحُ الشَّارح.

---

(١) ينظر: (٢/ ٤٧).

(٢) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٤٣٢).

(٣) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٧٧٧).

(٤) زاد في (ح٥): «له».

(٥) وإنَّما قيَّد به؛ احترازًا عمَّن يدينون من عند أنفسهم أن يبيعوا الخمر والمَيتة أو نحوَهما، فلا غبار في وجهه أصلًا (مِنهُ).

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٠٢).

اعلم أنَّ المالَ عينٌ يجري فيه التَّنافسُ[١] والابتذال، فيخرُجُ التُّرابُ ونحوُه، والدَّمُ والمَيتةُ التي ماتَت حتفَ أنفِه[٢].

أمَّا التي خُنِقَت[٣]، أو جُرِحَت في(١) غير موضعِ الذَّبح، كما هو عادةُ بعضِ الكفَّارِ وذبائحِ المَجوسِ: فمالٌ، إلَّا أنَّها غيرُ متقوَّمةٍ؛ كالخمر والخِنزير.

ويخرجُ منه الحُرُّ؛ لأنَّه لا يجري فيه الابتذال، بل هو مُبتذِلٌ.

والمالُ الغيرُ المتقوِّمِ: مالٌ أُمِرنا بإهانته، لكنَّه في غير دينِنا مالٌ متقوَّمٌ.

فكلُّ ما ليس بمالٍ: فالبيعُ فيه باطلٌ، سواءٌ جُعِلَ مبيعًا أو ثمنًا.

وكلُّ ما هو مالٌ غيرُ متقوِّمٍ: فإن بيعَ بالثَّمن؛ أي: بالدَّراهم أوِ الدَّنانير: فالبيعُ باطلٌ[٤]، وإن بيعَ بالعَرَض أو بيعَ العَرَضُ به: فالبيعُ في العَرَضِ(٢) فاسدٌ[٥].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (يجري فيه التَّنافسُ) وهو الرَّغبة، وضدُّه الابتذالُ وعدمُ الاهتمام.

[٢] **قولُه**: (حَتفَ أنفِه) **الحَتف**: الموت، يُقال: مات فلانٌ حَتفَ أنفِه؛ إذا ماتَ من غير قتلٍ ولا ضربٍ.

[٣] **قولُه**: (خُنِقَت) أي: ماتَت بالخنق، وهو بالفارسيِّ: خفه كردن.

[٤] **قولُه**: (أي: بالدَّراهمِ أوِ الدَّنانير: فالبيعُ باطلٌ) أي: لا يُفيدُ مِلكَ الخمر، ولا ما يُقابلُها.

[٥] **قولُه**: (فالبيعُ في العَرَضِ(٣) فاسدٌ) أي: لا يُفيدُ مِلكَ الخمر، ويُفيدُ مِلكَ ما يُقابلُها منَ البدل بالقبض؛ لأنَّه متى اشتراها بالدَّراهم: فهي غيرُ مقصودةٍ؛

---

(١) في (ش٤): «من».
(٢) في (ش١): «العُروض».
(٣) في (ح٥): «العروض».

فالباطلُ: هو الذي لا يكونُ صحيحًا بأصله ووصفِه.

والفاسدُ: هو الصَّحيحُ بأصله لا بوصفه.

وعند الشَّافعيِّ: لا فرقَ بين الباطل والفاسد، وتحقيقُ هذا في أصول الفقه(١).

(وبَيعُ قِنٍّ(٢) ضُمَّ إلى حُرٍّ، وذَكيَّةٍ ضُمَّت إلى مَيتَةٍ، وإن سَمَّى ثَمَنَ كُلٍّ(٣)).

(وصَحَّ في قِنٍّ ضُمَّ إلى مُدبَّرٍ، أو قِنِّ غيرِهِ بحِصَّتِهِ)؛ لأنَّ المدبَّرَ محلٌّ للبيع[١] عند البعض(٤)، فبطلانُه لا يسري إلى الغير (كمِلكٍ ضُمَّ

ذخيرة العقبى

لكونها وسيلةً، وإنَّما المقصودُ الخمرُ، وفي جعْلِه كذلك خلافُ المأمور، وهو إهانتُها، فيسقطُ التَّعذُّرُ أصلًا؛ لئلَّا يُفضيَ إلى خلاف المأمور، فيكونُ حينئذٍ باطلًا، بخلاف ما إذا اشترى الثَّوبَ بالخمر؛ لأنَّ مشتريَ الثَّوبِ يجعلُه مبيعًا، والخمرَ وسيلةً، وفيه إعزازٌ للثَّوب دونَها، هذا زبدةُ ما في «الهداية» وشروحِها(٥).

[١] **قولُه**: (لأنَّ المدبَّرَ محلٌّ للبيع) **أقول**: هذا دليلٌ على قِنِّ الغيرِ أيضًا بالأولويَّة؛ لأنَّ هذا المعنى فيه أظهرُ منه كما لا يخفى، وحكمُ المكاتَبِ وأمِّ الولدِ كالمدبَّر؛ لأنَّهما داخلانِ تحتَ العقد؛ لقيام الرِّقِّ فيهما؛ لأنَّ بيعَ المكاتَبِ جائزٌ برضاه على أصحِّ الرِّوايتَين، وإذا قضى القاضي بجواز بيعِ أمِّ الولدِ: نفذَ عند الأعظم وأبي يوسف، خلافًا لمحمَّدٍ، بناءً على أنَّ الإجماعَ اللَّاحقَ يرفعُ الاختلافَ السَّابقَ عنده، فيكونُ القضاءُ على خلاف الإجماع، فلا ينفُذ، وعندهما: لا يرفع(٦)، فيكونُ القضاءُ

---

(١) ينظر: «التَّوضيح لمتن التَّنقيح» وشرحه «التَّلويح»: (٢/ ٢٤٦).

(٢) أي: وبطل بيع قِنٍّ، والقِنُّ: العبد المملوك هو وأبوه. «معجم لغة الفقهاء»: (ص: ٣٧٠).

(٣) أي: من القنِّ، والحرِّ، والذَّكيَّة، والمَيتة.

(٤) كالشَّافعيِّ مثلًا. ينظر: «الأمُّ»: (٧/ ٢٥٧). (٥) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٠٦).

(٦) وقد نقلناه في باب الاستيلاد من كتاب العتاق من «الكافي» في روايةٍ محكاةٍ ما يدلُّ على اختلاف المجتهدين في جواز بيع أمِّ الولد، فليُنظَر فيها وفي حكايتها العجيبة (مِنهُ).

إلى وَقفٍ في الصَّحيحِ(١)[١]).

(وفَسَدَ بَيعُ العَرَضِ(٢) بالخَمرِ، وعَكسُهُ(٣)) أي: البيعُ فاسدٌ في العَرَض، حتَّى تجبُ قيمتُه[٢] عند القبض، ويُملَكُ هو بالقبض، لكنَّ البيعَ في الخمرِ باطلٌ، حتَّى لا يملكُ عينَ الخمر.

ذخيرة العقبى

في فصلٍ مجتهَدٍ فيه فينفُذ، وموضعُه أصولُ الفقه(٤).

[١] قولُه: (إلى وَقفٍ في الصَّحيح) يعني: إنْ ضمَّ الوقفَ بالمِلك في البيع: صحَّ في المِلك في الصَّحيح؛ لأنَّ الوقفَ مالٌ متقوَّمٌ قابلٌ للبيع، ولهذا يضمنُ بالإتلاف، وقيل: لا يصحُّ كما في الحرِّ معَ العبد.

واعلم أنَّ هذا في غير المسجد، وأمَّا في المسجد: فلا يصحُّ في المِلك المضمومِ إليه، فلهذا لا يصحُّ بيعُ قريةٍ لم يُستثنَ منها المقابرُ والمساجد.

[٢] قولُه: (حتَّى يجبُ قيمتُه... إلخ) إشارةً إلى الفرق بينَ الفاسدِ والباطلِ باعتبار حكمِه، مَن رامَ التَّفصيل: فلينظُرْ في قول المصنِّفِ من هذا الباب(٥): «فإن قبضَ المشتري المبيعَ... إلخ»، وفي قول صاحبِ «الهداية»(٦): ((والباطلُ لا يُفيدُ مِلكَ التَّصرُّف...إلخ)).

---

(١) أي: كما صحَّ البيع في ملكٍ ضُمَّ إلى وقفٍ في الصَّحيح. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١١٩).

(٢) العرَض: المتاع، وكلُّ شيءٍ فهو عرَضٌ سوى الدَّراهم والدَّنانير، فإنَّها عينٌ. «معجم لغة الفقهاء»: (ص: ٣٠٩).

(٣) وهو بيع الخمر بالعرَض.

(٤) ينظر: «التَّلويح على التَّوضيح»: (٢/ ٣٦٤).

(٥) ينظر: (٤/ ١٢٤).

(٦) «الهداية»: (٣/ ٤٢).

(ولم يَجُز بَيعُ سَمَكٍ لم يُصَد، أو صيدَ وأُلقيَ في حَظيرَةٍ(١) لا يُؤخَذُ منها بلا حيلَةٍ(٢)، وصَحَّ إن أُخِذَ منها(٣) بلا حيلَةٍ(٤)، إلَّا إذا دَخَلَ بنَفسِهِ[١] ولم يُسَدَّ مَدخَلُهُ) حتَّى ولو دخلَ بنفسه وسُدَّ مدخَلُه[٢]: يجوزُ بيعُه؛ لأنَّ سدَّ المدخَلِ فعلٌ اختياريٌّ موجِبٌ للملك، فيصيرُ محرَزًا.

واعلم أنَّه نظَمَ كثيرًا منَ المسائل في سلكٍ واحدٍ، وقال: «لم يجُز» لكن لم يُبيِّن أنَّ البيعَ باطلٌ أو فاسدٌ، وأنا أُبيِّنُ ذلك إن شاءَ اللهُ تعالى:

ففي السَّمك الذي لم يُصَد: ينبغي أن يكونَ البيعُ فيه باطلًا إذا كان بالدَّراهم والدَّنانير، فيكونُ فاسدًا إذا كان بالعَرَض[٣]؛ لأنَّه مالٌ غيرُ متقوِّمٍ؛ لأنَّ التَّقوُّمَ بالإحراز، ولا إحرازَ هنا.

---

[١] قولُه: (إلَّا إذا دَخَلَ بنفسِهِ) استثناءٌ من قوله: «صحَّ»؛ يعني: أنَّ الحظيرةَ إذا كانت صغيرةً تؤخَذُ من غيرِ حيلةٍ: صحَّ، إلَّا إذا دخلَ بنفسه، ولم يصدُرْ منَ الصَّيَّادِ عملٌ؛ كالسَّدِّ ونحوِه: لا يجوز؛ لعدم المِلك، فهو منقطعٌ؛ لأنَّ المستثنى منه هو المأخوذُ والمُلقى فيها، والدَّاخلُ بنفسه ليس كذلك.

[٢] قولُه(٥): (وسُدَّ مدخَلُه) قيل: لا يجوزُ حينئذٍ أيضًا؛ كطيرٍ دخلَ البيتَ فأُغلِقَ عليه الباب.

[٣] قولُه: (ويكونُ فاسدًا إذا كان بالعَرَض) قيل عليه: الظَّاهرُ أنَّ السَّمكَ الذي

---

(١) الحظيرة: يقال لِما حُظرَ به على الغنم وغيرها من الشَّجر وغيرِه؛ ليمنعَها عن الخروج ويحفظَها. ينظر: «المصباح المنير»: (ح ظ ر).

(٢) لأنَّه غير مقدورٍ عليه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٥٣).

(٣) «منها»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤) و(م٢).

(٤) لأنَّه قادرٌ على تسليمه إلَّا إذا دخل السَّمك في الحظيرة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٥٣).

(٥) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(ويكون فاسدًا إذا كان بالعرض)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

وأمَّا السَّمكُ الذي صيدَ وأُلقيَ في حظيرةٍ لا يؤخَذُ منها بلا حيلةٍ[(١)]: ينبغي أن يكونَ البيعُ فيه فاسدًا؛ لأنَّه مالٌ مملوكٌ، لكن في تسليمه عسرٌ.

(ولا[(٢)] بَيعُ طَيرٍ في الهَواءِ) ينبغي أن يكونَ باطلًا؛ كبيع الصَّيدِ قبلَ أن يُصطاد[(٣)][١].

ذخيرة العقبى

لم يُصَدْ: ليس بمِلكٍ أصلًا، وكذا الطَّيرُ في الهواء، فينبغي أن يكونَ البيعُ بهما باطلًا مطلقًا كما صرَّحَ به الزَّاهديُّ في «شرح القُدوريِّ»[(٤)] حيثُ قال: ((أمَّا إذا اجتمعَت بنفسها: فبيعُها باطلٌ كيفما كان؛ لعدم المِلك)).

والأتقانيُّ في «غاية بيانِه»[(٥)] حيثُ قال: ((أمَّا إذا اجتمعَت بنفسها من غير احتيالٍ لأخذها: فالبيعُ باطلٌ؛ لعدم المِلكِ وإنْ لم يستطِعْنَ الخروج)).

وأمَّا الفرقُ الذي اعتبرَه الشَّارحُ بينَ كونِه مَبيعًا بالثَّمن، وكونِه مبيعًا بالعرَض: فممَّا تفرَّدَ به خاطرُه نظرًا إلى أمرٍ آخر.

[١] **قولُه**: (كبيعِ الصَّيدِ قبلَ أن يُصطاد) يعني: في بطلانه إذا كان بالثَّمن الخَلقيِّ، وفسادِه إذا كان بالعرَض، وأمَّا بيعُ الطَّيرِ الذي أرسلَه من يده بعد أن يأخذَه ولا يقدرَ على أخذه وتسليمِه بلا حيلةٍ: ينبغي أن يكونَ فاسدًا مطلقًا، وكذا بيعُ الطَّيرِ الذي يذهبُ ويعودُ إلى البيت لاستئناسه بالآدميِّ كالحمام، وهو أيضًا لا يجوزُ في الظَّاهر، لكنَّ المفهومَ من قاضيخانَ جوازُ بيعِه إذا كان مقدورَ التَّسليمِ بلا تكلُّفٍ،

---

(١) قوله: «ولا يؤخذ منها بلا حيلةٍ»: سقط من (ش٣) و(ش٤).

(٢) أي: لم يجز.

(٣) أي: في بطلانه. وقوله: «باطلًا»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(ش٥).

(٤) «المجتبى شرح مختصر القدوريِّ»: (٣/ ١٠).

(٥) «غاية البيان»: (١٠/ ٢٧).

(وبَيعُ الحَملِ والنِّتاجِ[1][١]) ينبغي أن يكونَ باطلًا؛ لأنَّ النِّتاجَ معدومٌ، فلا يكونُ مالًا، والحملَ مشكوكُ الوجود، فلا يكونُ مالًا.

كذا في «العناية»[2].

ونحن نقول: إنَّ التَّخصيصَ بقاضي خانَ يُشعرُ بعدم تجويزِ صاحبِ «الهداية» إيَّاه معَ أنَّه صرَّحَ بجوازه بُعيدَ عدَّةِ مسائلَ حيثُ قال[3]: «في الحمام... إلخ»، وإنِّي بعدما اطَّلعتُ على هذه المخالفةِ وجدتُ صاحبَ «الغاية»[4] يقول: ((وكأن صاحب «الهداية» اختارَ هذا، حيثُ قال قريبًا من ورقة: «والحمامُ إذا علم... إلخ»))، والأكملُ[5] نفسُه صرَّحَ هناكَ بأنَّ موضعَه عند قوله: ((ولا بيعُ الطَّير))، وإنَّما ذُكِرَ ههنا؛ اتِّباعًا للصَّدر الشَّهيدِ في «شرح الجامعِ الصَّغير»[6]؛ لأنَّه وضعَه ثمَّة، وبالجملة كلامُ الأكملِ لا يخلو عن نوع نقصانٍ، فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه**: (وبَيعُ الحَمْلِ والنِّتاجِ) **الحَمْل**: بمعنى المحمول، والمرادُ ههنا: ولدُ الحاملِ ما دامَ في بطنه، **والنِّتاج**: مصدرُ نُتِجَتِ النَّاقةُ - بالضَّمِّ -، ولكن أُريدَ به ههنا: ما سوف يحملُه ذلك الحمل، فهو بمعنى المنتوج، وكانوا يعتادونَ في الجاهليَّة أن يبيعوا حَملَ الحَمل[7]، فأبطلَه رسولُ اللهِ ﷺ بالنَّهي عنه[8]، كذا قالوا.

---

(١) الحَمل: ما يكون في البطن، والنِّتاج: ما سوف يحملُه ذلك الحَمل. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٢٣).
(٢) «فتاوى قاضيخان»: (٢/ ١١٩)، و«العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤١٠).
(٣) «الهداية»: (٣/ ٤٥).
(٤) «غاية البيان»: (١٠/ ٣٠).
(٥) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤١٠).
(٦) «شرح الجامع الصَّغير»: (٤٢٦).
(٧) في (ح٥): «الجمل».
(٨) أخرجه البخاريُّ (٢١٤٣)، ومسلمٌ (١٥١٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(واللَّبَنِ في الضَّرْعِ[١]) ذكروا فيه علَّتَين:

أحدُهما: أنَّه لا يُعلَمُ أنَّه لبنٌ، أو دمٌ، أو ريحٌ، فعلى هذا يبطلُ البيع؛ لأنَّه مشكوكُ الوجود، فلا يكونُ مالًا.

والثَّانيةُ: أنَّ اللَّبنَ يوجَدُ شيئًا فشيئًا، فملكُ البائعِ يختلطُ بملك المشتري[٢].

(والصُّوفِ على ظَهرِ الغَنَمِ)؛ لأنَّه يقعُ التَّنازعُ في موضع القطع، وكلُّ بيعٍ يُفضي إلى المنازَعة: فهو فاسدٌ[٣].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (في الضَّرْعِ) وهو - بفتح الضَّادِ المعجَمة، وسكونِ الرَّاءِ المهمَلة - لكلِّ ذي ظُلْفٍ وخُفٍّ(١) من ذوات الأربع: بمنزلة الثَّديِ منَ الآدميِّ، كذا فُهِمَ منَ «الصِّحاح»(٢).

[٢] **قولُه**: (مختلطٌ بملكِ المشتري) واختلاطُ المبيعِ بما ليس بمَبيعٍ من مِلك البائعِ على وجهٍ يتعذَّرُ تمييزه: مبطِلٌ للبيع.

[٣] **قولُه**: (فهو فاسدٌ) وقد ذكرَ صاحبُ «الهداية»(٣) وجهَينِ آخرَين، كلٌّ منهما يقتضي بطلانَه:

الأوَّل: ((أنَّه من أوصاف الحيَوان))؛ لأنَّ ما هو متَّصلٌ بالحيَوان: فهو وصفٌ محضٌ، بخلاف ما يكونُ متَّصلًا بالشَّجر، فإنَّه عينُ مالٍ مقصودٍ من وجهٍ، فيجوزُ بيعُه، ولأنَّه ينبتُ من أسفل، فيختلطُ المبيعُ بغيره، وهو مبطِلٌ كما مرَّ.

---

(١) **الظِّلْف**: للبقرة والشَّاة والظَّبي: كالحافر لغيرها، **والخُفُّ**: الجلد السَّميك الذي يغطِّي أسفل قدم بعض الحيوانات كالإبل.

(٢) «الصِّحاح»: (ظلف).

(٣) «الهداية»: (٣/ ٤٤).

(وجِذعٍ في سَقفٍ[١]، وذِراعٍ مِن ثَوبٍ ذَكَرَ قَطعَهُ[٢] أو لا(١)) فإنَّ البيعَ فيهما

ذخيرة العقبى

فإن قيل: القوائمُ متَّصلةٌ بالشَّجر، وجازَ بيعُها.

أُجيب: بأنَّها تزيدُ من أعلاها، فلا يلزمُ الاختلاط، حتَّى لو ربطتَ خيطًا في أعلاها وتُرِكَت أيَّامًا: يبقى الخيطُ أسفلَ ممَّا في رأسها الآن، والأعلى مِلكُ المشتري، وما وقعَ منَ الزِّيادة وقعَ في مِلكه، أمَّا الصُّوف: فإنَّ نُموَّه من أسفله، فإذا خُضِبَ(٢) الصُّوفُ على ظهر الشَّاة ثمَّ تُرِكَ حتَّى نما: فالمخضوبُ يبقى على رأسه، لا في أصله.

فإن قيل: القصيلُ(٣) كالصُّوفِ وجازَ بيعُه.

أُجيب: بأنَّ القصيلَ وإن أمكنَ وقوعُ التَّنازعِ فيه من حيثُ القطع: لا يُمكنُ وقوعُه من حيثُ القلع، فيُقلَع، وأمَّا القطعُ في الصُّوف: فمتعيِّنٌ؛ إذ لم يُعهَدْ فيه القلع؛ أي: النَّتف، فبعد ذلك يقعُ التَّنازعُ في موضع القطع.

[١] **قولُه**: (وجِذْعٍ في سَقفٍ) وهو - بكسر الجيم، وسكونِ الذَّالِ المعجَمة -: عِمادٌ من شجرٍ يوضَعُ في السَّقف للإحكام، ولو لم يكنِ الجذعُ معيَّنًا: لا يجوز؛ للزوم الجهالةِ علاوةً(٤) على الضَّرر.

[٢] **قولُه**: (ذَكَرَ قَطعَهُ) أي: موضعَ قطعِه.

---

(١) أي: ذكرَ موضعَ قطعِه، أو لم يذكُر.

(٢) أي: صُبِغَ بالخضاب.

(٣) هو العشب اليابس الذي يُجَزُّ قبل أن يدرك وييبس لوحده.

(٤) **العلاوة**: هي من العلوِّ (مِنهُ).

فاسدٌ، والمرادُ ثوبٌ يضُرُّه القطع[١] (ويَعودُ صَحيحًا(١) إن قَلَعَ(٢) أو قَطَعَ الذِّراعَ قبلَ فَسخِ المُشتَري)؛ لأنَّ المفسِدَ قد زال.

(وضَربَةِ القانِصِ[٢]) وهي: ما يحصُلُ منَ الصَّيد بضرب الشَّبَكةِ مرَّةً[٣]، وهذا البيعُ ينبغي أن يكونَ باطلًا كما ذُكِرَ في الطَّير في الهواء.

---

[١] قولُه: (يضُرُّه القطعُ)؛ كالقميصِ والعِمامة، احترزَ به عنِ الكِرْباس، وإنَّما لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يُمكنُ تسليمُه إلَّا بضررٍ.

لا يُقال: إنَّه التزمَ الضَّررَ برضاه.

لأنَّا نقول: التزامُه بدون العقدِ غيرُ معتبَرٍ، والعقدُ لم يوجِبْ عليه ضررًا، وفي «الفوائد»(٣): ((العقدُ مشروعٌ، والضَّررُ غيرُ مشروعٍ، فالعقدُ الذي فيه ضررٌ لا يكونُ مشروعًا؛ كالمركَّبِ منَ الدَّاخلِ والخارج))، هذا زبدةُ ما في «الكافي» و«الكفاية»(٤).

[٢] قولُه: (وضَربَةِ القانِصِ) وهو - بالقاف والنُّونِ والصَّادِ المهمَلة -: الصَّائد، من: قنَص؛ إذا صاد، والشَّبَكة - بفتحتَيِ الشِّينِ المعجَمةِ والباءِ الموحَّدة -: التي يُصادُ بها(٥).

[٣] قولُه: (بضربِ الشَّبَكةِ مرَّةً) يُقال: ضربَ الشَّبكةَ على الطَّائر: ألقاها.

---

(١) أي: يصير البيع الفاسد صحيحًا.

(٢) أي: الجذع.

(٣) «الفوائد الظَّهيريَّة»: (ق: ١٩١) بتصرُّفٍ.

(٤) «الكافي»: (٦/ ٣٢٣)، و«الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٥١).

(٥) صورة المسألة: أن يقول الصَّيَّاد للمشتري: «أضرب لك هذه الشَّبكة ضربةً، فما يحصل منها: فهو لك بكذا» (مِنهُ).

(والمُزابَنَةِ[١]: وهي بَيعُ الثَّمَرِ(١)[٢] على النَّخيلِ بتَمرٍ(٢) مَجذوذٍ(٣) مِثلَ كَيلِهِ خَرْصًا(٤)) «مثلَ كيلِه» حالٌ مِنَ «الثَّمرِ(٥) على النَّخيل»، و«خَرصًا»: تمييزٌ عنِ المثل؛ أي: يكونُ التَّمرُ على النَّخيل مِثلًا بطريق الخَرصِ؛ ككيل التَّمرِ المجذوذ، فهذا البيعُ منَ البيوع الفاسدة؛ لشُبهة الرِّبا.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (والمُزابَنَةِ) منَ الزَّبْن - بالزَّاء المعجَمةِ والباءِ الموحَّدة - وهو الدَّفع، ويُسمَّى هذا النَّوعُ منَ البيع بها؛ لأنَّها تؤدِّي إلى النِّزاع والدِّفاع.

[٢] قولُه: (الثَّمَرِ) الأوَّلُ بالثَّاء المثلَّثة، والثَّاني بالتَّاء المثنَّاة، كذا وجدتُ بخطِّ شيخي(٦)، ولأنَّ ما على رؤوس النَّخلِ لا يُسمَّى تمرًا؛ بل رُطَبًا، إنَّما التَّمرُ هو المجذوذ(٧)، وأمَّا الثَّمرُ: فعامٌّ، كذا في «النِّهاية»(٨).

والنَّخيل: شجرُ التَّمر.

والخَرصُ - بفتح الخاءِ المعجَمة، وبالرَّاء والصَّادِ المهمَلتَين -: الحَرزُ والتَّقدير(٩).

---

(١) في (ش١): «التَّمر».

(٢) الأوَّل: بالثَّاء المثلَّثة، والثَّاني: بالتَّاء المثنَّاة؛ لأنَّ ما على النَّخل قد يكون رُطبًا، وقد يكون تمرًا، فقلنا بالثَّلاث؛ ليعمَّهما جميعًا، والمجذوذ: هو التَّمر، فقلنا باثنين. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٥٤).

(٣) المجذوذ: المقطوع.

(٤) الخَرص: هو التَّقدير من حيثُ الظَّنِّ.

(٥) «مِن» في (ش١) و(ش٤): «عن». و«الثَّمر» في (ش١) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «التَّمر».

(٦) «درر الحكام شرح غرر الأحكام» (٢/ ١٧٠).

(٧) من الجذِّ - بالجيم والذَّال المعجمة -، هو القطع أو الكسر، كذا في «الصِّحاح»: (جذذ) (مِنهُ).

(٨) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٤٥٠).

(٩) عطفٌ تفسيريٌّ لما قبله؛ لأنَّه - بفتح الحاء المهملة والراء والزَّاي المعجمة -: التَّقدير، كذا في «الصِّحاح»: (حرز) (مِنهُ).

(والمُلامَسَةِ(١)، وإلقاءِ الحَجَرِ(٢)، والمُنابَذَةِ(٣)، وهي: أن يَتَساوَما سِلعَةً(٤)، لَزِمَ البَيعُ إن لَمَسَها المُشتَري، أو وَضَعَ عليها حَصاةً، أو نَبَذَها[١] البائعُ إليهِ) فهذه البيوعُ فاسدةٌ؛ لأنَّ انعقادَ البيعِ متعلِّقٌ بأحد هذه الأفعال، فيكونُ كالقِمار[٢].

(ولا بَيعُ ثَوبٍ[٣] مِن ثَوبَينِ إلَّا بشَرطِ أن يَأخُذَ أَيَّهُما شاءَ، ولا المَراعي، ولا إجارَتُها) بيعُ المراعي -أي: الكَلَأِ[٤]- باطلٌ؛ ....

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (أو نبَذَها) أي: ألقى البائعُ المتاعَ إلى المشتري من غير شرطِ الرِّضا منه، فيلزمُه بذلك، ولا يكونُ له ردُّها عليه، وكذا الحالُ في اللَّمس والإلقاء.

[٢] **قولُه**: (كالقِمار) وهو في عرف زمانِنا: كلُّ لعِبٍ يُشترَطُ فيه غالبًا أن يأخذَ الغالبُ منَ المتلاعبَينَ شيئًا منَ المَغْلوب.

[٣] **قولُه**: (ولا بَيعُ ثَوبٍ) قد مرَّ تفصيلُ هذه المسألةِ في باب خيارِ الشَّرطِ بفروعها، فليُنظَرْ فيه(٥).

[٤] **قولُه**: (أي: الكَلَأِ) وهو كلُّ ما رعَته الدَّوابُّ منَ الرَّطْب واليابس(٦)، وجمعُه:

---

(١) الملامَسة: إذا لمستُ ثوبَك، أو لمستَ ثوبي: فقد وجب البيع، وفي «المنتقى» عن أبي حنيفة: هي أن يقولَ: «أبيعك هذا المتاع بكذا، فإذا لمستُك: وجب البيع»، أو يقولَ المشتري كذلك. ينظر: «المغرب»: (ل م س).

(٢) إلقاء الحجَر: أن يقولَ المشتري أو البائع: «إذا ألقيتُ الحجر: وجب البيع»، ولم يكن لصاحبها ارتجاعٌ فيها. ينظر: «المغرب»: (ل م س).

(٣) المنابَذة: أن تقولَ: «إذا نبذتُه إليك»، أو يقولَ المشتري: «إذا نبذتَه إليَّ: فقد وجب البيع». ينظر: «المغرب»: (ل م س).

(٤) قوله: «أن يتساوما سلعةً» في (ش٢): «متساويةً».

(٥) ينظر: (٤/ ٤٣).

(٦) سواءٌ كان به ساقٌ أو لا، وعند محمَّدٍ: يُعتبَر في مفهومه عدمُ السَّاق (مِنهُ).

لأنَّه غيرُ مُحرَز[١].

وأمَّا إجارتُها؛ فلأنَّها إجارةٌ على استهلاك عينٍ[٢].

ذخيرة العقبى

أكلاء(١)، وإنَّما فسَّرَ المرعى بذلك؛ لأنَّ لفظَ المرعى يقعُ على موضع الرَّعْي، وهو الأرض(٢)، وعلى الكَلأ، وعلى مصدر رعى، ولو لم يُفسَّرْ به: لتُوهِّمَ أنَّ بيعَ الأرضِ وإجارتَها لا يجوزُ معَ أنَّه يجوزُ مطلقًا(٣)، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٤).

[١] قولُه: (لأنَّه غيرُ مُحرَزٍ) أي: ليس بمجموعٍ في موضعٍ حصينٍ، فلا يكونُ مملوكًا؛ لاشتراك النَّاسِ فيه بالحديث(٥).

[٢] قولُه: (على استهلاكِ عينٍ) أي: مباحةٍ، وانعقادُ الإجارةِ على استهلاكِ عينٍ مملوكةٍ لا يصحُّ، بأنِ استأجرَ بقرةً ليشربَ لبنَها، فعلى استهلاكِ المباحةِ أَولى، وذلك لأنَّ المستحَقَّ بعقدِ الإجارةِ على الآخرِ(٦) المنافعُ لا الأعيان، ولم يُذكرْ أنَّ إجارةَ الكَلأِ وقعَت فاسدةً أو باطلةً، ذُكرَ في الشُّربِ أنَّها فاسدةٌ حتَّى يملَكَ الآجرُ الأجرةَ بالقبض، وينفذ عتقُه فيها، فالحيلةُ في إجارةِ الكَلأِ أن يستأجرَ أرضًا ليجعلَها(٧) حظيرةً لغنمِه، فيصحُّ الإجارة، ويحصلُ مقصودُهما.

(١) في (ح٢) و(ح٥): «وجمعه الكلاء». المثبت هو الصَّواب.
(٢) فيكون من قبيل ذكر المحلِّ وإرادة الحالِّ، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٥٦) (مِنهُ).
(٣) أي: سواءٌ كان فيه كلأٌ أو لا (مِنهُ).
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤١٨).
(٥) وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النَّاس شركاءُ في الثَّلاث، الماء والكلأ والنَّار»، صدق رسول الله (مِنهُ). أخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢) من حديث ابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.
(٦) في (ح٥): «الأجر».
(٧) في (ح٥): «فيجعلها».

(ولا(١) النَّحْلِ[١] إلَّا معَ الكُوَّاراتِ) **الكُوَّارة**: بالضَّمِّ[٢] والتَّشديدِ: **مَعسَلُ** النَّحلِ إذا سوِّيَ من طينٍ(٢)، هذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف، فينبغي أن يكونَ البيعُ باطلًا عندهما؛ لعدم المالِ المتقوَّم.

وعند محمَّدٍ والشَّافعيِّ(٣): يجوزُ إذا كان مُحرَزًا.

[١] **قولُه**: (ولا النَّحْلِ) وهو - بفتح النُّون، وسكونِ الحاءِ المهمَلة -: حيَوانٌ يحدُثُ منه العسل.

[٢] **قولُه**: (بالضَّمِّ) والكسرِ أيضًا(٤)، قيل: المتبادَرُ من هذا الشَّرحِ جوازُ بيعِ النَّحلِ إذا انضمَّ معَ الكُوَّاراتِ وإن لم يكن فيها عسلٌ، معَ أنَّ جوازَه منوطٌ بما إذا كان فيها ذلك عند الأعظمِ وأبي يوسفَ على رواية الكرخيِّ، وأمَّا على رواية القُدوريِّ(٥): فلا يجوزُ وإن كان فيها العسل، فلا بدَّ من اعتبار القيدِ ههنا.

أقول: الظَّاهرُ في أمثاله الحملُ على المسامحة بناءً على ندرة خلوِّ الكُوَّاراتِ عنه، وأمَّا عند محمَّدٍ والشَّافعيِّ: فيجوزُ بيعُ نفسِ النَّحلِ إذا كان مجموعًا محفوظًا وإن لم يكنْ معَ الكُوَّاراتِ فضلًا عنِ العسل، كذا فُهِمَ منَ «الهداية»، وصرَّحَ به في «الكافي»(٦).

(١) في (ش٤) زيادة: «بيع».
(٢) قال الجوهريُّ: وكُوَّارة النَّحل: عسلها في الشَّمَع. «الصحاح»: (كور).
(٣) ينظر: «فتح العزيز»: (٨/ ١١٨).
(٤) أي: «الكِوَارة» بكسر الكاف ومن غير تشديدٍ. ينظر: «المغرب»: (كور).
(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخيِّ» للقدوريِّ: (٣/ ٩٥).
(٦) «الهداية»: (٣/ ٤٥)، و«الكافي»: (٦/ ٣٣٠).

(ودودِ القَزِّ(١)[١] وبَيضِهِ) فعند أبي حنيفة: بيعُهما باطلٌ.

وعند أبي يوسُف: يجوزُ إن ظهرَ فيه القزُّ تبعًا.

وعند محمَّدٍ: يجوزُ مطلَقًا[٢].

(والآبِقِ(٢) إلَّا ممَّن زَعَمَ أنَّهُ عندَهُ) «زعمَ» أي: قال، فهذا البيعُ فاسدٌ؛ لوجود المالِ المتقوَّم، إلَّا أنَّه لا قدرةَ على تسليمه، فإذا قال المشتري: «إنَّه عندي»، فحينَئذٍ يجوز.

(ولَبَنِ امرَأَةٍ في قَدَحٍ(٣)) إنَّما قال: «في قدَحٍ»؛ لأنَّ بيعَ اللَّبنِ في الضَّرع قد ذُكِرَ[٣](٤)، فلبنُ المرأةِ إنَّما يبطلُ بيعُه؛ لأنَّه من أجزاء الآدميِّ، فلا يكونُ مالًا، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ(٥).

---

[١] قولُه: (ودودِ القَزِّ) وهي دويبَّةٌ يحدثُ منها القَزُّ، وهو - بفتح القافِ وتشديدِ الزَّاءِ المعجَمة - نوعٌ منَ الإبْرَيْسَم، وبيضُه عبارةٌ عنِ البَذرِ الذي يحدُثُ منه الدُّودُ المذكور(٦).

[٢] قولُه: (يجوزُ مطلَقًا) قيل: وعليه الفتوى.

[٣] قولُه: (قد ذُكِرَ) فعُلِمَ عدمُ جوازِه، فبقيَ توهُّمُ جوازِ بيعِه إذا كان في قَدَحٍ كألبانِ سائرِ الحيَوانِات، فدفعَه بهذا القيد.

---

(١) دودة القزِّ: التي يُستخرجُ منها الحرير. «المعجم الوسيط»: (حر).

(٢) أي: ولا يجوز بيع الآبق.

(٣) أي: بيعُه بعد وضعِه في القدَح.

(٤) وهو لا يجوز. ينظر: (٤/ ١٠١).

(٥) ينظر: «فتح العزيز»: (٨/ ١٥٤).

(٦) قال في «المغرب»: (قزز): ((أمَّا القزُّ: فضربٌ من الإبْرَيْسَم، فمعرَّبٌ، قال اللَّيث: وهو ما يسوَّى منه الإبْرَيْسَم في جمع التَّفاريق، والإبْرَيْسَم كالدَّقيق في الحنطة)) (مِنهُ).

وعند أبي يوسُف: يجوزُ بيعُ لبنِ الأمة؛ اعتبارًا للجزء بالكلّ.

ولأبي حنيفة: أنَّ الرِّقَّ غيرُ نازلٍ في اللَّبن، فهي فيه(١) على أصل الآدميَّة.

(وشَعرِ الخِنزيرِ) فإنَّ البيعَ فيه باطلٌ[١] (وإن حَلَّ الانتِفاعُ بهِ للخَرْزِ[٢] ضَرورَةً[٣]).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فإنَّ البيعَ فيه باطلٌ)؛ لأنَّه لنجاسة عينِه يوجبُ عدمَ ماليَّته وعدمَ إعزازِه، وكلٌّ من هذَينِ العدمَينِ يُنافي وجودَ البيعِ قطعًا، وأمَّا الاعتراضُ بأنَّ البيعَ فيما تعلَّقَ بالآدميِّ إهانةٌ، وفي الخنزير إعزازٌ، وهو شيءٌ واحدٌ، فلا يجوزُ أن يكونَ سببًا للضِّدَّين: فمدفوعٌ بأنَّه يجوزُ باختلاف المحلِّ كالإحراق، فإنَّه إهانةٌ في الآدميِّ، وإعزازٌ في الحطب، حيثُ اعتُبِرَ به دونَ غيرِه كالنِّكاحِ، فإنَّه سببٌ لحِلِّ المنكوحةِ للنَّاكح، ولحرمتها لابنه وأبيه، كذا في «البيانيَّة»(٢).

[٢] قولُه: (للخَرْزِ(٣)) وهو - بفتح الخاءِ المعجَمة، وسكونِ الرَّاءِ المهمَلة، وآخرُه زاءٌ معجَمةٌ - مصدرُ خَرَزَ الخُفَّ وغيرَه، فهو عملُ الخَفَّاف(٤)، بمنزلة الخياطةِ للخيَّاط.

[٣] قولُه: (ضَرورَةً) قيل: لأنَّ غيرَه لا يعملُ عملَه، ويكرهُه أبو يوسفَ في روايةٍ؛ لعدم الضَّرورةِ إذا أمكنَ الخَرْزُ بغيره، ولا يجوزُ التَّمتُّعُ بالنَّجس إلَّا بالضَّرورة(٥)،

(١) «فيه» في (ش٤): «باقيةٌ».
(٢) «غاية البيان»: (١٠/ ٦٤).
(٣) وهو بالفارسيِّ: دوختن، وبالتُّركيِّ: دكمك (مِنهُ).
(٤) في (ح٣): «الخفافين». وفي الموضع الآتي: «للخيَّاطين» بدل «للخيَّاط».
(٥) قال الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، فالانتفاع بلحمه جائزٌ* في الضَّرورة، فضلًا عن شعره الذي هو أحقُّ قطعًا، فإنَّ الضَّرورة تبيح المحظورات (مِنهُ).=

(ولا شَعرِ الآدَميِّ) فإنَّ بيعَه باطلٌ (ولا الانتِفاعُ بِهِ).

(ولا جِلدِ المَيتةِ قبلَ دَبغِهِ) فإنَّ بيعَه باطلٌ[١] (وإن صَحَّ بَيعُهُ والانتِفاعُ بِهِ بعدَهُ(١)؛ كعَظمِها، وعَصَبِها، وصوفِها[٢]، وشَعرِها، ووَبَرِها، وقَرنِها) فإنَّ بيعَ هذه الأشياءِ صحيحٌ، وكذا الانتفاعُ بها؛ لأنَّ الموتَ غيرُ حالٍّ في هذه الأشياء[٣].

ذخيرة العقبى

كذا في «العناية»(٢).

[١] قولُه: (قبل دَبغِه فإنَّ بيعَه باطلٌ) أقول: هذا محمولٌ على روايةِ البَزدَويِّ(٣)، فإنَّه جعلَه كالمَيتة، وأمَّا على رواية صاحبِ «المحيط»(٤): فينبغي أن يكونَ بيعُه فاسدًا إذا بيعَ بعرَضٍ، فإنَّه جعلَه كالخمر؛ كما صرَّحَ به صاحبُ «التَّبيين»(٥) في أوَّل هذا الباب.

[٢] قولُه: (وصوفِها) وهو للشَّاة خاصَّةً، والشَّعرُ للإنسان غالبًا، وقد يُستعمَلُ في الكلِّ، والمرادُ به ههنا: شعرُ ما سوى الشَّاةِ والبعيرِ كما لا يخفى.

والوَبَرُ - بفتحتَين - للبعير، كذا في «الصِّحاح»(٦).

[٣] قولُه: (غيرُ حالٍّ في هذه الأشياء)؛ لأنَّ الموتَ إنَّما يحُلُّ في محلٍّ حلَّتِ الحياةُ فيه؛ لأنَّهما صفتانِ متعاقبتانِ في موضعٍ واحدٍ، ولا حياةَ لهذه المذكورات،

= * فإن قيل: إذا كان كذلك: وجب أن يجوز بيعه.
أجيب: بأنَّه يوجد مباحَ الأصل، فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا إذا قيل: إذا كان لا يوجَد إلَّا بالبيع: جاز بيعه، كذا في «الأكمليَّة»: (٦/ ٤٢٥) (مِنهُ).

(١) أي: بعد الدَّبغ لطهارته.
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٢٥).
(٣) «شرح الجامع الصَّغير» للبزدويِّ: (ق: ٢٠٤).
(٤) «المحيط البرهانيّ»: (٣/ ٢٥٩).
(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٥٠).
(٦) «الصِّحاح»: (وبر).

(والفيلُ كالسَّبُعِ[١]، حتَّى يَجوزُ بَيعُ عَظمِهِ والانتِفاعُ بِهِ(١) خِلافًا لمُحَمَّدٍ) فإنَّه كالخنزير عنده.

(ولا بَيعُ عُلوٍّ بعدَ سُقوطِهِ) أي(٢): إذا كان العُلوُّ لرجُلٍ، والسُّفلُ لرجُلٍ، فسقَطا، أو سقطَ العُلوُّ وحدَه، فباعَ صاحبُ العُلوِّ عُلوَّه: بطلَ البيعِ؛ إذ بعدَ السُّقوط لم يبقَ إلَّا حقُّ التَّعلِّي، وهو ليس[٢] بمالٍ.

(وبَيعُ شَخصٍ على أنَّهُ أمَةٌ، وهو عَبدٌ) فإنَّ البيعَ باطلٌ، بخلاف ما إذا اشترى كَبْشًا[٣] فإذا هو نعجةٌ، فإنَّ البيعَ منعقِدٌ، وللمشتري الخيار.

والأصلُ في ذلك: أنَّ الإشارةَ والتَّسميةَ إذا اجتمعَتا:

- **ففي مُختلفَيِ الجنس**: يتعلَّقُ بالمسمَّى، ويبطلُ لانعدامِ المسمَّى[٤].

وإنَّما لها النُّموُّ كما في النَّبات، كذا في «التَّبيين»(٣).

[١] **قولُه**: (كالسَّبُعِ) وهو - بضمِّ الباءِ الموحَّدة - واحدُ السِّباع.

[٢] **قولُه**: (وليسَ بمالٍ)؛ لعدم إمكانِ إحرازِه، والمالُ هو المَحِلُّ للبيع.

[٣] **قولُه**: (إذا اشترى كَبْشًا) وهو ذكَرُ الغنم، **والنَّعجة**: أُنثاه.

[٤] **قولُه**: (لانعدامِ المسمَّى) والتَّسميةُ أبلغُ في التَّعريف منَ الإشارة، فإنَّها لبيان الماهيَّةِ موصوفًا بصفةٍ، والإشارةُ لتعريف الذَّاتِ مجرَّدًا عن بيان صفةٍ، والأبلغُ في التَّعريف أقوى.

---

(١) في (ش٢) و(ش٥) و(م٢): «والفيلُ كالسَّبُعِ يُباع عظمُه ويُنتفعُ به».
(٢) في (ش٤)، (ش٥): «حتَّى».
(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٥٠).

- وفي متَّحدَي الجنس: يتعلَّقُ بالمشار إليه، وينعقِدُ لوجود المشارِ إليه[1]، لكنَّ المشتريَ بالخيار؛ لفوات الوصف، فالذَّكرُ والأنثى في بني آدمَ جنسان؛ لفُحشِ التَّفاوُتِ[2] والاختلافِ(1) في الأغراض، وفي غير بني آدمَ جنسٌ واحدٌ[3].

(وشِراءُ ما باعَ بأقَلَّ ممَّا باعَ قبلَ نَقدِ ثَمَنِهِ الأوَّلِ) باعَ شيئًا بخمسةَ عشَرَ، ولم يأخُذِ الثَّمن، ثمَّ اشتراه بعشَرةٍ، فيُقاصُّ العشَرةَ بعشَرةٍ منَ الخمسةَ عشَر، فبقيَ للبائع على المشتري خمسةٌ، فهي ربحُ ما لم يضمن ـ أي: الثَّمن ـ وهو خمسةَ

---

[1] قولُه: (لوجودِ المشارِ إليه)؛ لأنَّ العبرةَ إذ ذاك للإشارة، لا للتَّسمية؛ لأنَّ ما سُمِّيَ وُجِدَ في المشار إليه، فصار حقُّ التَّسميةِ مقضيًّا بالمشار إليه.

[2] قولُه: (لفُحشِ التَّفاوُتِ) وما نحن فيه كذلك، فإنَّ أصلَ العبدِ والأمةِ واحدٌ معَ أنَّهما جنسان؛ لعِظَم التَّفاوت؛ لأنَّ الغلامَ(2) يصلُحُ لخدمة خارجِ البيت؛ كالتِّجارةِ والزِّراعةِ وغيرِهما، والجاريةَ لخدمة داخلِ البيتِ والاستفراشِ والاستيلادِ اللَّذَينِ لم يصلُحْ لهما الغلامُ بالكلِّيَّة، فالمعتبَرُ في اختلاف الجنسِ واتِّحادِه تفاوتُ الأغراضِ دونَ الأصل؛ كالخلِّ والدِّبس، فإنَّهما جنسانِ؛ لعِظَمِ التَّفاوتِ معَ أنَّ أصلَهما متَّحدٌ، وهو ماءُ العنب، وكالأطلاسِ اليَزْديِّ والكَشانيِّ، فإنَّهما جنسانِ معَ اتِّحادِ أصلِهما، وهو الإبريسَم(3).

[3] قولُه: (وفي غيرِ بني آدمَ جنسٌ واحدٌ) يعني: لقلَّة التَّفاوت؛ لأنَّ المقصودَ الأصليَّ منَ الحيوان الأكل، والرُّكوب، والحَمل، والذُّكورُ والإناثُ منه سواءٌ فيها.

---

(1) في (ش٢): «الفُحشِ التَّفاوُتِ في الآدميِّ والاختلافِ في التَّفاوت».

(2) في (ح٢): «العبد».

(3) هو الحرير الخالص غير المخلوط بشيء.

عشرَ(١)، وما(٢) لم يقبضه البائعُ: لم يدخُل في ضمانه، وإنَّما الغُنْم[١] بإزاء الغُرم، فيكونُ الرِّبحُ حرامًا، فيكونُ هذا البيعُ فاسدًا، خلافًا للشَّافعيِّ(٣).

(وشِراءُ ما باعَ معَ شَيءٍ لم يَبِعهُ بثَمَنِهِ الأوَّلِ فيما باعَ، وإن صَحَّ فيما لم يَبِع) باع شيئًا بخمسةَ عشَر، ولم يأخُذِ الثَّمن، ثمَّ اشتراه معَ شيءٍ آخرَ بخمسةَ عشَر: فالبيعُ فاسدٌ في المبيع الأوَّل، جائزٌ في الشَّيء الآخَر، فيُقسَمُ الثَّمنُ على قيمتها، فيجوزُ في الشَّيء الآخَرِ بحصَّته منَ الثَّمن، وهو خمسةَ عشَر(٤).

(وزَيتٍ على أن يوزَنَ بظَرفِهِ(٥)، ويَطرَحَ عنهُ بكُلِّ ظَرفٍ كذا رِطلًا) إنَّما يفسُد؛ لأنَّه شرطٌ لا يقتضيه العقد، بل مُقتَضى العقدِ أن يُطرَحَ بإزاء الظَّرفِ مقدارُ وزنِه، كما في المسألة الثَّانية، وهي ما قال:

---

[١] قولُه: (وإنَّما الغُنْم) وهو - بضمِّ الغينِ المعجَمة -: الغنيمةُ والنَّفْل.

والغُرمُ - بضمِّ الغينِ المعجَمةِ، والرَّاءِ المهمَلة -: الغرامة، وهو ما يجبُ أداؤه، كذا فُهِمَ منَ «الصِّحاح»(٦).

---

(١) صورة المسألة: إن باع جاريةً مثلًا بألفٍ حالَّةٍ أو نسيئةٍ، فقبضها المشتري، ثمَّ اشتراها البائع من المشتري قبل نقد الثَّمن الأوَّل بالأقلِّ: فالبيع الثَّاني فاسدٌ عندنا. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٣٩).

(٢) في (ش٢) وفي (ش٣): «لما»، وفي (ش٤) و(ش٥): «لأنَّه».

(٣) كالبيع من البائع قبل القبض، فلا يصحُّ إلَّا إن كان الاعتياض عنه بعين المبيع، أو بمثله إن تلِفَ أو كان في الذِّمَّة. ينظر: «أسنى المطالب»: (٢/ ٨٤).

(٤) صورة المسألة: أنَّه باع جاريةً بخمسمئةٍ، وقبضها المشتري، ثمَّ اشتراها وجاريةً أخرى معها قبل نقد الثَّمن بخمسمئةٍ: فالشِّراء في التي لم يبعها منه: صحيحٌ، وفي الأخرى، وهي التي باعها منه: فاسدٌ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٤٢).

(٥) الظَّرف: الوِعاء. «القاموس المحيط»: (الظرف).

(٦) «الصِّحاح»: (غرم).

(بخِلافِ شَرطِ طَرحِ وَزنِ الظَّرفِ عنهُ، وإنِ اختَلَفا في نَفسِ الظَّرفِ وقَدرِهِ: فالقَولُ للمُشتَري[١]) أي: اشترى سمنًا في زِقٍّ(١)، ورَدَّ الظَّرفَ، وهو عشَرةُ أرطالٍ، فقال البائع: «الزِّقُّ غيرُ هذا، وهو خمسةُ أرطالٍ».

(وبَطَلَ بَيعُ المَسيلِ(٢) وهِبَتُهُ، وصَحَّا في الطَّرِيقِ) أي: صحَّ البيعُ والهبةُ في الطَّريق، قيل: إن أُريدَ رقبةُ المَسيلِ والطَّريقِ[٢]: فمقدارُ ما يُسيِّلُه الماءُ مجهولٌ، فلا يجوزُ فيه البيعُ والهبة[٣].

[١] قولُه: (فالقَولُ للمُشتَري)؛ لأنَّ هذا الاختلافَ إمَّا في تعيين الزِّقِّ المقبوض، أو مقدارِ الثَّمن(٣)، فإن كان الأوَّلُ: فالمشتري قابضٌ، والقولُ قولُه ضمينًا كالغاصب، أو أمينًا كالمودَع، وإن كان الثَّاني: فهو في الحقيقة اختلافٌ في الثَّمن، فيكونُ القولُ للمشتري؛ لأنَّه يُنكرُ الزِّيادة، والقولُ للمنكِرِ معَ يمينِه.

[٢] قولُه: (رقَبةُ المَسيلِ والطَّريقِ... إلخ) أقول: المرادُ من رقَبة المَسيل: هو المحلُّ الذي يسيلُ فيه السَّيل، وهو النَّهرُ أوِ السَّطح، ومن رقَبة الطَّريق: قطعةُ الأرضِ التي وقعَ عليها المرور، أمَّا حقُّ المَسيل: فهو حقُّ سيَلانِ الماء وحقُّ المرورِ، فهو حقُّ التَّطرُّق.

[٣] قولُه: (فلا يجوزُ [فيه] البيعُ) هذا إذا اعتُبِرَ من حيثُ إنَّه مَسيلٌ، ولا يُبيَّنْ طولُه وعرضُه، أمَّا إذا اعتُبِرَ من حيثُ إنَّه نهرٌ: فإنَّه أرضٌ مملوكةٌ جاز بيعُها كما ذكره

---

(١) الزِّقُّ: بكسر الزَّاي، جمع زِقاقٍ وأزُقٍّ وأزقاقٍ: وعاءٌ من جلدٍ توضع فيه السَّوائل. «معجم لغة الفقهاء»: (ص: ٢٣٣).

(٢) المَسيل: المكان الذي يجتمع فيه الماء. «المعجم الوسيط»: (مسل).

(٣) في (ح١) و(ح٢): «السَّمن».

وأما الطَّريقُ: فمعلومٌ، فيجوزُ البيعُ فيه(١) وإن لم يُبيَّن، فهو مقدَّرٌ بعرض بابِ الدَّار، كذا في (بابِ القِسمةِ)(٢)، فيجوزُ فيه البيعُ والهبة.

وإن أُريد حقُّ المسيل(٣): فإن كان على الأرض: فمجهولٌ لما مرَّ، وإن كان على السَّطح: فهو حقُّ التَّعلِّي، فهو حقٌّ متعلِّقٌ بعينٍ لا يبقى.

وحقُّ المرورِ فيه روايتان:

١- وجهُ البطلانِ: أنَّه غيرُ مالٍ[١].

السَّرَخسيُّ، أو من حيثُ إنَّه مَسيلٌ، لكنْ بينَ حدودِه وموضعِه: فإنَّه جائزٌ أيضًا، كما ذكرَه قاضيخان، كذا في «الأكمليَّة»(٤).

[١] **قولُه**: (وجه البطلان: أنَّه غيرُ مالٍ) وهو روايةُ «الزِّيادات»(٥)، فعلى هذا لا حاجةَ إلى الفرق بينَ المَسيلِ والطَّريق؛ لاشتراكهما في عدم الجواز، وأمَّا وجهُ الصِّحَّةِ وهو روايةُ ابنِ سِماعةَ، فالفرقُ ما ذكرَه الشَّارحُ بقوله: «بعينٍ لا يَبقى»، وهو البناء، و«بعينٍ باقٍ» وهو الأرض.

ونحن نقول: الذي تلخَّصَ عندي بالنَّظر في هذا المقامِ أنَّ بيعَ المَسيلِ على خمسة أوجهٍ: اثنانِ منها جائزان، لا الثَّلاثةُ الباقية:

أحدُها: بيعُ رقَبةِ المَسيل، لا من حيثُ إنَّه مَسيلٌ؛ بل من حيثُ إنَّه نهرٌ، فإنَّه أرضٌ مملوكةٌ جازَ بيعُها كما اختارَه السَّرَخسيُّ.

---

(١) قوله: «فيجوز البيع فيه»: سقط من (ش١) و(ش٤) و(ش٥).

(٢) ينظر: (كتاب القسمة): (٥/ ٦٥٨).

(٣) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «التَّسبيل».

(٤) «المبسوط»: (٢٣/ ١٧١)، و«فتاوى قاضيخان»: (٢/ ١٢٢)، و«العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٢٩).

(٥) ينظر «شرح الزِّيادات»: (٢/ ٧٣١)

٢- ووجهُ الصِّحَّةِ(١): الاحتياجُ به، وهو حقٌّ معلومٌ متعلِّقٌ بعينٍ باقٍ.

(وأمرُ المُسلِمِ ببَيعِ خَمرٍ، أو خِنزيرٍ(٢) وشِرائهِما ذِمِّيًّا(٣)، وأمرُ المُحرِمِ غيرَهُ ببَيعِ صَيدِهِ) فقولُه: «وأمرُ» عطفٌ على الضَّمير المرفوعِ المتَّصلِ في قولِه: «وصحَّا»، فهذا العطفُ جائزٌ؛ لوجود الفصل، وهو قولُه: «في الطَّريق»، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز؛ لأنَّ الموكِّلَ لا يليه، فلا يولِّي غيرَه.

وله: أنَّ العاقدَ - وهو الوكيلُ - يتصرَّفُ بأهليَّته.

وثانيها: بيعُ رقَبتِه من حيثُ هو، لكنْ بينَ حدودِه وموضعِه، فإنَّه جائزٌ أيضًا كما اختارَه قاضيخان.

وثالثُها: بيعُها من حيثُ هو، ولم يُبيِّنْ حدودَه وموضعَه، فهو لا يجوزُ للجهالة.

ورابعُها: بيعُ حقِّ التَّسييلِ على السَّطح، فهو لا يجوز؛ لكونه متعلِّقًا بالهواء؛ كحقِّ التَّعلِّي، ومجهولًا مختلفًا بقلَّة الماءِ وكثرتِه.

وخامسُها: بيعُه على الأرض، فهو لا يجوزُ؛ للجهالة المذكورة.

وأمَّا بيعُ الطَّريق: فهو على ثلاثة أوجهٍ: اثنانِ منها جائزانِ قطعًا، والثَّالثُ محلُّ خلافٍ:

أحدُها: بيعُ رقَبتِه مبيِّنًا طولَه وعرضَه.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «أنَّه».

(٢) في (ش١) و(ش٣) و(م٢): «وجازَ أمر»، وفي (ش٣) و(م٢): «وخنزيرٍ».

(٣) أي: إن وكَّل مسلمٌ ذمِّيًّا ببيع خمرٍ أو خنزيرٍ، أو شرائهما: جاز عند الإمام أبي حنيفة، ويُكرهُ هذا التَّوكيل أشدَّ الكراهية. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٤٥).

(والبَيعُ[(١)] بشَرطٍ[١] يَقتَضيهِ العَقدُ؛ كشَرطِ المِلكِ للمُشتَري، أو لا يَقتَضيه[(٢)] ولا نَفعَ فيهِ لأحَدٍ؛ كشَرطِ ألَّا يَبيعَ الدَّابَّةَ المَبيعَةَ، بخِلافِ شَرطٍ لا يَقتَضيهِ، وفيهِ نَفعٌ لأحَدِ العاقِدَينِ، أو لمَبيعٍ يَستَحِقُّ) أي: يكونُ المبيعُ أهلًا لاستحقاق النَّفعِ بأن يكونَ آدميًّا، فظهرَ أنَّ قولَه: «ولا نفعَ فيه لأحدٍ» أرادَ به: لأحدٍ منَ العاقدَين، والمبيعِ المستحِقِّ للنَّفع، حتَّى لو كان النَّفعُ للمبيع الذي لا يستحِقُّ النَّفع؛ كشرطِ ألَّا يبيعَ الدَّابَّةَ المَبيعة: لا يكونُ هذا الشَّرطُ مفسِدًا.

ذخيرة العقبى

وثانيها: بيعُها بلا بيانِ شيءٍ منهما، لكن قُدِّرَ بعرض بابِ الدَّارِ العظمى، وهما محسوسانِ لا يقبل النِّزاع.

وثالثها: بيعُ حقِّ المرور، وهو حقُّ التَّطرُّقِ دونَ رقَبةِ الأرض، جائزٌ في رواية ابنِ سَماعة، لا في رواية «الزِّيادات»، وقدِ اختار[(٣)] أبو اللَّيثِ الثَّانيَ بناءً على أنَّه حقٌّ منَ الحقوق، وبيعُ الحقوقِ بالانفراد لا يجوز، هذا زبدةُ ما في «العناية» و«الكفاية»[(٤)].

[١] قولُه: (والبَيعُ بشَرطٍ... إلخ) شروعٌ في بيان الفسادِ الذي وقعَ في العقد بسبب الشَّرط، فإنِ اشتهيتَ أن تبلغَ إلى غَور مباحثِ هذا الباب: فعليك أن تُميِّزَ أوَّلًا بينَ ما يبطلُ بالشُّروط الفاسدة، وما لا يبطلُ[(٥)]، ثمَّ بينَ أنواعِ الشَّرائطِ الصَّحيحةِ والفاسدةِ والمفسدةِ ثانيًا.

فاعلم أنَّ كلَّ ما كان مبادلةَ مالٍ بمالٍ: يبطلُ[(٦)] بالشُّروط الفاسدة؛ لأنَّها من باب الرِّبا، وهو يختصُّ بالمعاوضة الماليَّةِ دونَ غيرِها منَ المعاوضات والتَّبرُّعات؛

---

(١) أي: وصحَّ البيع. (٢) أي: العقد.

(٣) في (ح٥): «صحَّح».

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٣٠)، و«الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٦٦).

(٥) زاد في (ح٥): «بالشُّروط الفاسدة». (٦) في (ح٥): «تفسد».

....

ذخيرة العقبى

لأنَّ الرِّبا هو الفضلُ الخالي عنِ العوض، وحقيقةُ الشُّروطِ الفاسدةِ هي زيادةٌ ما لا يقتضيه العقدُ ولا يُلائمُه، فيكونُ فضلًا خاليًا عنِ العوض، وهو الرِّبا، ولا يُتصوَّرُ ذلك في المعاوضاتِ غيرِ الماليَّةِ؛ كالنِّكاح، والطَّلاقِ على مالٍ، والخلع، ونحوِ ذلك، ولا في التَّبرُّعات؛ كالهبةِ، والصَّدقة، فيبطلُ الشَّرط، ويصحُّ تصرُّفُه فيه، ألا يُرى أنَّه صَلَّىٰللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أجازَ العُمرى[1] وأبطلَ الشَّرط؟

أمَّا الشَّرائط: فهي أنواعٌ:

- **منها**: ما يقتضيه العقد، ومعناه أن يجبَ بمجرَّد العقدِ وإن لم يُشترَطْ به، ومنه يُعلَمُ معنى ما لا يقتضيه العقد، **ومثالُ الأوَّل**: ظاهرٌ، وهو لا يُفسدُ العقدَ أصلًا، **ومثالُ الثَّاني**: قد يكونُ ملائمًا؛ كشرطِ أن يرهنَه[2] المشتري شيئًا بعينه، أو يُعطيَه كفيلًا، وهو لا يُفسدُ العقدَ أيضًا؛ بل يؤكِّدُ موجَبَه.

- **ومنها**: ما لا يُلائمُ العقد، لكنَّ الشَّرعَ وردَ بجوازه؛ كالخيارِ والأجلِ رخصةً وتيسيرًا، فإنَّه لا يُفسدُ العقد، فإنَّه لمَّا وردَ الشَّرعُ به: دلَّ أنَّه من باب المصلحةِ دونَ المفسدة، وهذا جوابُ الاستحسان، والقياسُ أن يفسدَ؛ لكونه شرطًا مخالفًا لمقتضى العقد، وهو ثبوتُ المِلكِ في الحال في العوضَين[3]، أو هو متعارَفٌ؛ كمَنِ اشترى نعلًا بشرط حَذْوِه، فإنَّه لا يُفسدُ أيضًا كما صرَّحَ به المصنِّفُ ههنا.

- **ومنها**: ما انتفى فيه الملاءمة، والتَّعارف، وورودُ الشَّرع، وفيه منفعةٌ لأحد العاقدَينِ؛ كالبيع بشرط أن يهبَه المشتري أو البائعُ أو يُقرِضَه كذا، أو فيه منفعةٌ للمعقود

---

(١) وهي أن يُقال: «داري لك سكنى في مدَّة عمرك، بشرط أن يرثها ورثتي بعد موتك» (مِنهُ).

(٢) في (ح٥): «يرهن».

(٣) ولكن أُخِذَ الاستحسان للحديث الوارد في باب الخيار، كذا في «البيانيَّة»: (١٠/ ٩٨) (مِنهُ).

(كشَرطِ أن يَقطَعَهُ البائعُ ويَخيطَهُ قَباءً، أو يَحذوَهُ[١] نَعلًا، أو يُشرِكَهُ(١)) أي: يجعلَ للنَّعل شِراكًا، هذا نظيرُ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ وفيه نفعٌ للمشتري

ذخيرة العقبى

عليه هو من أهل الاستحقاق؛ كالعبدِ إذا بيعَ على أن يُعتقَه المشتري أو يُدبِّره، فالبيعُ فاسدٌ وإن روى الحسنُ عن أبي حنيفةَ جوازَه، وهو مذهبُ الشَّافعيِّ(٢).

- ومنها: ما يكونُ فيه منفعةٌ للمعقود عليه، لكن ليس من أهل أن يستحِقَّ حقًّا على الغير؛ كمَنِ اشترى دابَّةً بشرط أن لا يبيعَها أو يُسيِّبها(٣) في المرعى، فالبيعُ جائزٌ، والشَّرطُ باطلٌ، وعن أبي يوسف: أنَّه لا يجوز(٤).

- ومنها: ما يكونُ فيه منفعةٌ للأجنبيِّ؛ كبيعٍ بشرط أن يُقرِضَ فلانًا كذا، وفي فساده اختلافٌ بينَ المشايخ، والمصنِّفُ اختارَ عدمَ الفساد، كصاحبِ «الهداية»، وهو رأيُ بعضِهم، لكنَّ الأظهرَ هو القولُ بالفساد، كما هو رأيُ البعضِ الآخرِ منهم؛ لأنَّ دليلَه الإفضاءُ إلى النِّزاع بسبب الشَّرط، كما صرَّحوا به، وهو جار في الصُّورة المذكورة، هذا زبدةُ ما في «البيانيَّة» نقلًا منَ «التُّحفة»(٥).

[١] قولُه: (أو يَحذوَهُ(٦)) من حَذْو النَّعلِ بالمثال: قطعُها به، أرادَ بالنَّعل: الصَّرم(٧)، فهو تسميةُ الشَّيءِ باسم ما يؤولُ إليه؛ إذِ الصَّرمُ هو الذي يُقطَعُ بالمثال.

(١) الشِّراك: هو أحد سُيور النَّعل التي تكون على وجهها. «البناية شرح الهداية»: (٨/ ١٨٩).

(٢) ينظر: «روضة الطَّالبين»: (٣/ ٤٠٣).

(٣) في (ح٥): «يسمِّنها».

(٤) بناءً على أنَّ المشتريَ يتضرَّر به من حيث إنَّه يتعذَّر فيه التَّصرُّف، والشَّرط الذي فيه ضررٌ كالشَّرط الذي فيه منفعةٌ، والجواب: أنَّ المعتبر المطالبة، وهي تتوجَّه بالمنفعة في الشَّرط دون الضَّرر، كذا في «الأكمليَّة»: (٦/ ٤٤٣) (مِنهُ).

(٥) «غاية البيان»: (١٠/ ٩٨)، و«تحفة الفقهاء»: (٢/ ٥٤).

(٦) من: حذو النَّعل بالنَّعل؛ إن قدر كلُّ واحد منهما على صاحبه، وحذاه: قعد بحذائه (مِنهُ).

(٧) وهو - بالصَّاد المهملة، والرَّاء المهملة -: الجلد يُعمَلُ منه تحت الخفاف، ويُصنَعُ منه =

(وصَحَّ في النَّعلِ استِحسانًا) إنَّما يجوزُ في النَّعل للتَّعامُل[١]، والقياسُ ألَّا يجوز.

(أو يَستَخدِمَهُ(١) شَهرًا) أي: يستخدمَه البائعُ شهرًا، وهذا نظيرُ شرطٍ لا يقتضيه العقد، وفيه نفعُ البائع.

ذخيرة العقبى

والشِّراك، وهو - بكسر الشِّينِ المعجَمة -: سَيرُ(٢) النَّعلِ الذي على ظهر القدم؛ يعني: إنِ اشترى صَرمًا وشرطَ أن يحذوَه، أو نعلًا على أن يشرُكَه البائع: فالبيعُ فاسدٌ في القياس، ووجهُه أنَّه شرطٌ لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقدَين، وفي الاستحسان: يجوز.

[١] قولُه: (للتَّعامُلِ(٣)) يعني: أنَّ النَّاسَ معتادونَ به، وفي نقض العادةِ حرجٌ بيِّنٌ، والتَّعاملُ راجحٌ على القياس، لأنَّه إجماعٌ عمليٌّ.

فإن قيل: كونُ الشَّرطِ مفسدًا للبيع ثابتٌ بالحديث، والتَّعاملُ المتعارَفُ ليس بحاكمٍ عليه.

قلنا: إنَّ الحديثَ معلَّلٌ بالإفضاء إلى المنازعة المخرِجِ للعقد عن الذي قُصِدَ به، وهو قطعُ المنازعة، والعرفُ يقطعُ عِرقَ النِّزاع، فكان موافقًا لمعنى الحديث.

= نعل أهل الحجاز، وهو فارسيٌّ معرَّبٌ، يقال له بالفارسيِّ: جرم، وبالتُّركيِّ: كون، ويقال في اللَّفظ المشهور: صرم (مِنهُ).

(١) في (ش٣) زيادة: «البائعُ».

(٢) وهو - بفتح السِّين المهملة -: نوعٌ من الجلد، وجمعه: سيورٌ، وبالفارسيِّ: دوال، وبالتُّركيِّ: تصمه (مِنهُ).

(٣) كصبغ الثَّوب، فإنَّ القياس لا يجوز استئجار الصِّباغ لصبغ الثَّوب؛ لأنَّ الإجارة عقدٌ على المنافع لا على الأعيان، وفيه عقدٌ على العين، وهو الصَّبغ، لا الصَّبغ وحده، لكن جوِّز للتَّعامل جواز الاستصناع، كذا في «العناية»: (٦/ ٤٥١) (مِنهُ).

(أو يُعتِقَهُ، أو يُدَبِّرَهُ، أو يُكاتِبَهُ) هذا(١) نظيرُ شرطٍ لا يقتضيه العقدُ وفيه نفعٌ للمبيع، وهو أهلٌ لاستحقاق النَّفع.

(وبَيعِ(٢) أمَةٍ إلَّا حَملَها) عطفٌ على «شرطٍ لا يقتَضيه العقدُ»، والأصلُ في ذلك أنَّ كلَّ ما لا يصحُّ[١] إفرادُه بالعقد: لا يجوزُ استثناؤه منَ العقد(٣)، فإنَّ كلَّ ما لا يصحُّ إفرادُه بالعقد: فإنَّه من توابعِ الشَّيء، فيكونُ داخلًا في المَبيع تبعًا له، فاستثناؤه منَ العقد شرطٌ لا يقتضيه العقد، فيكونُ مفسِدًا.

(وإلى النَّيروزِ، والمَهرَجانِ(٤)[٢]، وصَومِ النَّصارى، وفِطرِ اليَهودِ إن لم

---

[١] **قولُه**: (والأصلُ في ذلك أنَّ كلَّ ما لا يصلحُ... إلخ) وههنا بحثٌ شريفٌ مذكورٌ في «العناية»(٥).

[٢] **قولُه**: (وإلى النَّيروزِ، والمَهرَجانِ(٦)) الأوَّلُ معرَّبُ نوروز، وهو يومٌ في طرَف الرَّبيع، والثَّاني معرَّبُ مهركان، وهو يومٌ في طرَف الخريف(٧).

---

(١) «هذا»: سقط من (ش٤) و(ش٥).

(٢) أي: كشرط بيع أمةٍ، فإنَّه فاسدٌ.

(٣) أي: لمَّا كان لا يجوز بيعُ الحمل بانفراده: فلذلك لا يجوز استثناؤه من البيع.

(٤) النَّيروز: معرَّب: «نوروز»، ومعناه: اليومُ الجديد، فـ«نُو» بمعنى: الجديد، و«روز» بمعنى: اليوم، والمراد منه: يومٌ تحُلُّ فيه الشَّمس برجَ الحمَل، والمهرَجان: معرَّبُ: «مهرَ كان»، والمراد منه: أوَّلُ حُلول الشَّمس في الميزان، وهذان اليومانِ عيدانِ للفُرس. «حاشية ابن عابدين»: (٢/ ٣٧٦).

(٥) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٥٢).

(٦) لجهالة الأجل؛ لأنَّ النَّيروز مختلفٌ بين نيروز السُّلطان ونيروز الدَّهاقين، ونيروز المجوس، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٨٦) (مِنهُ).

(٧) وقيل: النَّيروز: أوَّل يومٍ من فرور دين ماه، والمهرجان: هو اليوم السَّادسَ عشَرَ من مهر ماه، وقيل: في ذلك اليوم ظفرَ أفريدون بالضَّحَّاك، وحكى ابن حفصٍ أنَّه لو قال: لو أنَّ رجلًا عبد الله =

يَعرِفا ذلك[١]، وقُدومِ الحاجِّ، والحَصادِ[٢]، والدِّياسِ(١)، والقِطافِ، والجِزازِ[٣])
القِطاف: قطعُ(٢) الثَّمرِ عنِ الأشجار(٣)، **والجِزاز**: قطعُ الصُّوفِ عن ظهر الغنم.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (إن لم يَعرِفا ذلك(٤)) أمَّا إن عرفا ذلك: فجاز؛ لكونه معلومًا عندهما، أو كان التَّأجيلُ إلى فِطر النَّصارى بعدما شرَعوا في صومهم: جاز؛ لأنَّ مدَّةَ صومِهم بالأيَّام معلومةٌ، وهي خمسونَ يومًا، فلا جهالة.

[٢] **قولُه**: (والحَصاد) - بفتح الحاءِ المهمَلةِ وكسرِها -: قطعُ الزُّروع(٥).

والدِّياس: - بكسر الدَّالِ والسِّينِ المهمَلتَين -: أن يوطَأَ المحصودُ بقوائمِ الدَّوابِّ، منَ الدَّوس، وهي شدَّةُ وطءِ الشَّيءِ بالقدم.

والقِطاف - بكسر القاف، وبالطَّاء المهمَلة -: ما ذكرَه الشَّارح، والفتحُ لغةٌ فيه، وفسَّرَه الأكمل: ((بقطع العنَبِ خاصَّةً))، موافقًا لـ«المغرِب»(٦).

[٣] **قولُه**: (والجِزاز) - بفتح الجيمِ وكسرِها، والزَّاءَينِ المعجَمتَين -: قطعُ الزَّرع، والنَّخل، والصُّوف، والشَّعر، صرَّحَ به في «الصِّحاح»(٧).

= خمسين سنةً ثمَّ جاء يوم النَّيروز، فأهدى بعضَ المشركين بيضةً يريد بها عظيم ذلك اليوم: فقد كفر بالله، وأحبط عمله خمسين سنةً (مِنهُ).

(١) الدِّياس: وطءُ الزَّرع بقوائم الدَّوابِّ، أو بآلةٍ حتَّى ينفصل الحبُّ عن التِّبن. «معجم لغة الفقهاء»: (ص ٢١١). وفي (م٢): «والدِّياسة».

(٢) في (ش٢) و(ش٤): «جنيُ»، وفي (ش٥): «حطُّ».

(٣) في (ش١): «الشَّجر».

(٤) أو لم يعرفه أحدهما، كذا في «فتاوى الزَّاهديِّ»* (مِنهُ). * «المجتبى»: (٣/ ٢١).

(٥) في (ح٣) و(ح٥): «الزَّرع».

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٥٣)، و«المغرب»: (ق ط ف).

(٧) والجُزاز - بالضَّمِّ -: ما سقط من الأديم وغيره إذا قُطِعَ، «صحاح»: (جزز) (مِنهُ).

(ويُكفَلُ إليها) أي: يجوزُ الكفالةُ إلى هذه الأوقات؛ لأنَّ الجهالةَ اليسيرةَ متحمَّلةٌ في الكفالة[١].

(وصَحَّ إن أسقَطَ الأجَلَ[٢] قبلَ حُلولِهِ) أي: إن أسقطَ هذه الآجالَ المجهولةَ قبلَ حلولِها: ينقلبُ البيعُ صحيحًا.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (متحمِّلةٌ في الكفالة) لا البيع، فإنَّ الجهالةَ بالتَّقدُّم والتَّأخُّرِ يسيرةٌ مقبولةٌ في الكفالةِ لا البيع، والجهالةَ في الوجود فاحشةٌ؛ كهبوبِ الرِّيحِ مثلًا، فهي غيرُ مقبولةٍ فيهما.

[٢] **قولُه**: (إن أسقَطَ الأجَلَ) أي: إن أسقطَ مَن له الأجلُ الذي هو خالصُ حقِّه: فلا دخلَ للبائع في هذا الإسقاط، وبهذا يتَّضحُ وجهُ عدولِ المصنِّفِ عن قولهم: «ثمَّ تراضَيا».

فصلٌ في أحكامه(١)

ثمَّ اعلم أنَّ الحكمَ(٢) في البيع الباطلِ أنَّ المَبيعَ إن هلكَ في يد المشتري: فعند البعض(٣): أمانةٌ، وعند البعض(٤): مضمونٌ[١] بالقيمة؛ كالمقبوضِ على سَوم الشِّراء.

وأما حكمُ البيعِ الفاسد: ففي المتن شرَعَ في أحكامه، فقال:

(فإن قَبَضَ المُشتَري المَبيعَ بَيعًا فاسِدًا بِرِضى بائعِهِ صَريحًا، أو دَلالَةً؛ كقَبضِهِ في مَجلِسِ عَقدِهِ، وكُلٌّ مِن عِوَضَيهِ مالٌ: مَلَكَهُ) فإن قيل: كلامُنا في البيع الفاسد، فيكونُ كلٌّ منَ العوضَينِ مالًا ألبتَّةَ؛ إذ لو لم يكن: لكان البيعُ باطلًا.

قلنا: قد يُذكَرُ الفاسدُ ويُرادُ به الباطل، كما أنَّ في باب أوَّلِ «القُدوريِّ»(٥) جعلَ البيعَ بالميتة فاسدًا، وهو باطلٌ؛ فلهذا قال: «وكلٌّ من عِوضَيه مالٌ»؛ احتياطًا،

---

[١] **قولُه**: (وعندَ البعضِ: مضمونٌ... إلخ) قيل: الأوَّل: قولُ الأعظم، والثَّاني: قولُهما، كذا في «فتاوى الزَّاهديِّ»(٦).

---

(١) «فصلٌ في أحكامه»: سقط من (م٢).

(٢) «الحكمَ»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤).

(٣) كأبي النَّصر أحمد بن عليٍّ أستاذِ خواهر زاده، وهذه رواية الحسن عند أبي حنيفة، فإذا هلك عند المشتري: لم يضمن. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٥٥).

(٤) كشمس الأئمَّة السَّرَخسيِّ، وهذه رواية ابن سِماعة عن محمَّدٍ، وقيل: هذا قولهما. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٥٥).

(٥) أي: «مختصر القُدوريِّ»: (١/ ٤٧٩) بهامش «اللُّباب».

(٦) «المجتبى شرح القدوريِّ»: (٣/ ٢١).

حتَّى لوِ اشتملَ الفاسدُ الباطلَ: يكونُ هذا القيدُ مُخرِجًا له عن هذا الحكم، وهو أن يصيرَ مِلكًا[١]، على أنَّه[٢] قد يكونُ البيعُ فاسدًا معَ أنَّه لا يكونُ كلٌّ من عوضَيه مالًا، كما إذا باع وسكت عنِ الثَّمن: فالبيعُ فاسدٌ عندهما[٣]، حتَّى يُملَكُ

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (يكونُ هذا القَيدُ مُخرِجًا له عن هذا الحكمِ، وهو أن يصيرَ مِلكًا) **قيل**: هذا منقوضٌ بما إذا بيعَ الخمرُ بالدَّراهم والدَّنانير، فإنَّ كلًّا من طرفَيه مالٌ، ولا يملكُ المشتري المَبيعَ قطعًا.

ونحن نقول: ملخَّصُ جوابِ الشَّارح: دفعُ استدراكِ القيدِ المذكور، وقد كفى فيه خروجُ الباطلِ الذي ليس كلٌّ من عوضَيه مالًا به كالمَيتة، وأمَّا عدمُ اندفاعِ الفسادِ الآخَرِ من بعض أنواعِ الفاسدةِ كما ذكرَه السَّائل: فممَّا لا يضرُّنا قطعًا، فليُتأمَّلْ.

[٢] **قولُه**: (على أنَّه... إلخ) منعٌ للملازمة القائلة: «إذ لو لم يكنْ... إلخ»، فحينئذٍ يُحمَلُ قولُ المصنِّفِ: «وكُلٌّ من عِوضَيه مالٌ» على الأعمِّ الأغلب.

[٣] **قولُه**: (فاسدٌ عندهما) هذا صريحٌ في أنَّ فيه خلافًا للأعظم، ولم أجِدْه؛ أي: في أحدٍ منَ المعتبَرات؛ بل وجدتُ في «غاية الأتقانيِّ» التَّصريحَ بالاتِّفاق، حيثُ قال نقلًا من الولْوالجيِّ: ((إذا باع بغير ثمنٍ: فيه روايتان، في روايةٍ: ينعقد، وفي أخرى: لا، وأجمَعوا أنَّه إذا سكت عن ذكر الثَّمن: ينعقد)) إلى هنا عبارتُه، كذا في «البيانيَّة»(١).

قال مفتي الثَّقلَين(٢): ((ولو باع وسكت عن ذكر الثَّمن: ينعقدُ البيع، ويثبتُ المِلكُ بالقبض؛ لأنَّ مطلقَ العقدِ يقتضي المعاوَضة، فإذا سكت: كان غرضُه(٣)

(١) «فتاوى الولوالجيِّ»: (٣/ ١٨٤)، و«غاية البيان»: (١٠/ ١٣٩).
(٢) «الكافي»: (٦/ ٣٦٩).
(٣) في (ح٥): «عوضه»، وما أثبتُّه موافقٌ للمصدر.

بالقبض، ويجبُ الثَّمنُ، أي(١): القيمةُ[١].

(ولَزِمَهُ مِثلُهُ حَقيقَةً أو مَعنًى) أي: إن هلكَ في يد المشتري: وجبَ عليه المثلُ حقيقةً في ذوات الأمثال[٢]، والمِثلُ معنًى، وهو القيمةُ في ذوات القِيَم[٣].

(ولِكُلٍّ منهُما(٢) فَسخُهُ[٤] قبلَ القَبضِ، وكذا بعدَهُ ما دامَ في مِلكِ المُشتَري إن كانَ الفَسادُ في صُلبِ العَقدِ؛ كبَيعِ دِرهَمٍ بدِرهَمَينِ) أرادَ بالفساد في صُلب العقدِ: الفسادَ الذي يكونُ في أحد العوضَين (ولمَن لهُ الشَّرطُ إن كانَ بشَرطٍ زائدٍ؛

قيمتَه، فكأنَّه باع بقيمته)).

[١] قولُه: (أي: القيمةُ) وإنَّما لم يقلِ ابتداءً: «وتجبُ القيمةُ»؛ إشارةً إلى أنَّ القيمةَ ههنا بدلُ الثَّمنِ الذي يجبُ اعتبارُه في العقد، فيجبُ اعتبارُها فيه.

[٢] قولُه: (في ذواتِ الأمثال)؛ كالمكيلات، والموزونات، والعدديَّاتِ المتقارِبة.

[٣] قولُه: (في ذواتِ القِيَم)؛ كالحيواناتِ والعدديَّاتِ المتفاوتة، كذا في «العناية»(٣).

[٤] قولُه: (ولكلٍّ(٤) منهُما فَسخُهُ) بحضرة صاحبِه عند الأعظم والرَّبَّانيِّ، وبحضرته وغَيبتِه عند الثَّاني.

---

(١) في (ش١) و(ش٢): «وهو».

(٢) أي: من المتعاقدَين.

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٦٤).

(٤) واللَّام بمعنى «على» كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]، أي: فعليها، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٦٤) (مِنهُ).

كشَرطِ أن يُهديَ لهُ هَديَّةً) ذكرَ في «الذَّخيرة»(١) أنَّ هذا قولُ محمَّدٍ[١].

وأمَّا عندهما: فلكلِّ واحدٍ منهما حقُّ الفسخ؛ لأنَّ الفسخَ لحقِّ الشَّرعِ[٢] لا لحقِّ أحدِ المتبايعَين(٢)، فإنَّهما راضيانِ بالعقد.

(فإن باعَهُ المُشتَري(٣)، أو وَهَبَهُ وسَلَّمَهُ، أو أعتَقَهُ: صَحَّ، وعليهِ قيمَتُهُ، وسَقَطَ حَقُّ الفَسخِ)؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ الغير[٣]، وإنَّما يُفسَخُ حقًّا لله تعالى، وإذا اجتمعَ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ذكرَ في «الذَّخيرة» أنَّ هذا قولُ محمَّدٍ) قيل: وجهُه أنَّ العقدَ قويٌّ، فالواجبُ أن لا يقدرَ أحدٌ لفسخه إذا تحقَّقَ التَّراضي منَ المتعاقدَين، أمَّا مَن له الشَّرط: فلم يتحقَّقِ الرِّضاءُ في حقِّه، فله أن يفسخَه.

[٢] قولُه: (لأنَّ الفسخَ لحقِّ الشَّرعِ) فانتفى اللُّزومُ عنِ العقد، وفي العقد الغيرِ اللَّازمِ يتمكَّنُ كلٌّ منَ المتعاقدَينِ فسخَه.

[٣] قولُه: (تعلَّقَ به حقُّ الغير) ورُدَّ بأنَّه: لو أكلَ المشتري بالشِّراء الفاسد، أو وطئَ ما شراه: لا يحلُّ كما في «شرح الطَّحاويِّ»(٤)، فلم يملكِ التَّصرُّفَ مطلقًا.

وأُجيب: بأنَّ محمَّدًا نصَّ بحلِّ تناولِه بناءً على أنَّ البائعَ سلَّطَه على ذلك، والحُلوانيَّ يكرهُ الوطءَ ولا يُحرِّمُه، فالمذكورُ في «شرح الطَّحاويِّ» محمولٌ على عدم الطِّيب، هذا زبدةُ ما في «الأكمليَّة»(٥).

(١) «الذَّخيرة البرهانيَّة»: (١٠/ ١٦).
(٢) في (ش٢) و(ش٣): «المتعاقدَين».
(٣) أي: باع المشتري المبيع فاسدًا بيعًا صحيحًا لغير بائعه. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٥٩).
(٤) ينظر: «شرح مختصر الطَّحاويِّ» للجصَّاص: (٣/ ٧٢).
(٥) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٦٦).

حقُّ اللهِ تعالى وحقُّ العبد: ترجَّحَ حقُّ العبدِ لحاجته[١].

(ولا يَأْخُذُهُ البائعُ حتَّى يَرُدَّ ثَمَنَهُ) أي: البائعُ إذا فسخَ البيعَ الفاسدَ: لا يأخذُ المبيعَ حتَّى يردَّ الثَّمن؛ لأنَّ المبيعَ محبوسٌ بالثَّمن[٢] بعدَ الفسخ.

(فإن ماتَ هو: فالمُشتَري أحَقُّ بهِ حتَّى يَأْخُذَ ثَمَنَهُ) أي: باعَ شيئًا بيعًا فاسدًا، ووقعَ التَّقابض، ثمَّ فسخَ البيع، ثمَّ ماتَ البائع: فللمشتري حقُّ حبسِ المبيعِ حتَّى يأخُذَ الثَّمن، ولا يكونُ أُسوةً[٣] لغُرماء البائع.

---

[١] قولُه: (يُرَجَّحُ حقُّ العبدِ لحاجتِه) يعني: أنَّ اللهَ تعالى أغنى، والعفوُ عنه(١) أرجى، كذا في «الكافي»(٢).

[٢] قولُه: (لأنَّ المبيعَ محبوسٌ بالثَّمن) وقد فسَّرَ صاحبُ «النِّهايةِ»(٣): الثَّمنَ بالقيمة، وليس بواضحٍ؛ بلِ المرادُ به: ما أخذَه البائعُ في مقابلة المبيع، عرَضًا كان أو نقدًا، ثمنًا أو قيمةً؛ يعني: أنَّ المبيعَ مقابَلٌ، فيصيرُ محبوسًا به؛ كالرَّهنِ من حيثُ إنَّه محبوسٌ بالدَّين، لكنَّهما يفترقانِ بأنَّ الرَّهنَ مضمونٌ بقدْر الدَّينِ لا غير، والمبيعَ ههنا مضمونٌ بجميع قيمتِه كما في الغصب، كذا في «المعراجيَّة»(٤).

[٣] قولُه: (ولا يكونُ أُسوةً)؛ لأنَّ المشتريَ مقدَّمٌ عليه حالَ حياتِه، فكذا تقدَّم على تجهيزه بعد وفاته، كذا في «التَّبيين»(٥).

---

(١) في (ح٣): «منه»، والمثبت موافقٌ للمصدر.
(٢) «الكافي»: (٦/ ٣٧١).
(٣) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٥١٣).
(٤) «معراج الدِّراية»: (٥/ ٨٦٨).
(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٦٥).

(وطابَ للبائعِ رِبحُ ثَمَنِهِ بعدَ التَّقابُضِ، لا للمُشتَرِي رِبحُ مَبيعِهِ، فيَتَصَدَّقُ بهِ).

صورةُ المسألة: باعَ جاريةً بيعًا فاسدًا بالدَّراهم أو بالدَّنانير وتقابَضا، فباع المشتري الجاريةَ وربح: لا يطيبُ له الرِّبح، وإن ربحَ البائعُ في الثَّمن: يطيبُ له الرِّبح.

والفرقُ أنَّ المبيعَ متعيِّنٌ في العقد، فيكونُ فيه خبَثٌ بسبب فسادِ الملك[1]، وفي فساد الملكِ شبهةُ عدمِ الملك، والشُّبهةُ ملحَقةٌ بالحقيقة في الحُرمة؛ فإنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عنِ الرِّبا أوِ الرِّيبة(1)[2].

وأمَّا الدَّراهمُ والدَّنانير: فغيرُ متعيِّنةٍ في العقد[3]، ولو كانَت متعيِّنةً: كانَت فيها شبهةُ الخبَثِ بسبب الفساد، فعند عدمِ التَّعيينِ يكونُ في تعلُّق العقدِ بها شبهةٌ،

ذخيرة العقبى

[1] **قولُه**: (فيكونُ فيه خبَثٌ بسببِ فسادِ الملك) **أقول**: لا بدَّ في هذه العبارةِ من تقدير مضافٍ كما سيُصرِّحُ به قولُه: «ولو كانت متعيِّنةً: كانت فيه شبهةُ الخبَث» والمبيعُ ههنا متعيِّنٌ في العقد، لعلَّ نُكتةَ حذفِه الإشارةُ إلى إرجاع الحقيقةِ إلى الشُّبهة؛ كما سيُصرِّحُ برجوع الشُّبهةِ إليها حيثُ قال: «والشُّبهةُ ملحَقةٌ بالحقيقة».

[2] **قولُه**: (عنِ الرِّبا أوِ الرِّيبةِ(2)) هي - بالكسر -: الشُّبهة.

[3] **قولُه**: (فغيرُ متعيِّنةٍ في العقد) قيل: معنى عدمِ التَّعيينِ في النُّقود: أنَّه لو أشارَ المشتري إليها بأن قال: «اشتريتُ منك هذا العبدَ بهذه الدَّراهم»: كان له أن يترُكَها،

---

(1) أخرجه أحمد في «مسنده»: (٢٤٦)، وابن ماجه في «سننه»: (٢٢٧٦)، من حديث عمرَ بن الخطَّاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(2) وفسَّرها الجوهريُّ (ريب) بالتُّهمة والشَّكِّ، ومآليهما الشُّبهة، ولذا فسَّرها الأكمل: (٦/ ٤٧٥): بالشُّبهة (مِنهُ).

فيكونُ فيها شبهةُ الشُّبهة، ولا اعتبارَ لها، هذا في الخبَث بسبب فسادِ الملك.

أمَّا الخبَثُ بسبب عدمِ الملك: فيشملُ النَّوعَينِ عند أبي حنيفة؛ يعني: إن ربِحَ في المغصوب: لا يطيبُ له، سواءٌ كان المغصوبُ ممَّا يتعيَّن؛ كالجاريةِ مثلًا، أو ممَّا لا يتعيَّن؛ كالدَّراهمِ والدَّنانير، حتَّى إن باع الدَّراهمَ المغصوبة، وحصلَ فيها ربحٌ: لا يكونُ طيِّبًا؛ لأنَّ في الأوَّل حقيقةَ الخبَث، وفي الثَّاني شبهةً، والشُّبهةُ ملحَقةٌ بالحقيقة.

(كما طابَ رِبحُ مالٍ ادَّعاهُ فقُضيَ، ثُمَّ ظَهَرَ عَدَمُهُ بالتَّصادُقِ) أي: إنِ ادَّعى على رجلٍ مالًا، فقضاه، فربِحَ فيه المدَّعي، ثمَّ تصادقا على أنَّ هذا المالَ لم يكن على المدَّعى عليه: فالرِّبحُ طيِّبٌ؛ لأنَّ المالَ المقضيَّ به بدلُ الدَّينِ الذي هو حقُّ المدَّعي، والمدَّعي باع دينَه بما أخذ، فإذا تصادَقا على عدم الدَّينِ: صار كأنَّه استحقَّ مِلكَ البائع، وبدلُ المستحَقِّ مملوكٌ ملكًا فاسدًا، فيكونُ البيعُ في حقِّ البدلِ بيعًا فاسدًا، فلا يؤثِّرُ الخبَثُ فيما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين.

فإن قيل: ذكرَ في «الهداية» في المسألة السَّابقة: ثمَّ إذا كانَت دراهمُ الثَّمنِ قائمةً[1]: يأخذُها بعينها؛ لأنَّها تتعيَّنُ بالتَّعيين في البيع الفاسد، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه بمنزلة الغصب[2]، فهذا يُناقضُ ما قلتُم من عدم تعيينِ الدَّراهمِ والدَّنانير.

ويدفع البائعُ غيرَها؛ لأنَّ الثَّمنَ عند الشِّراء في ذمَّة المشتري، لا باعتبار تلك الدَّراهمِ المشارِ إليها في البِياعات، كذا في «الكافي»[3].

---

(١) في (ش٢) زيادة: «فإنَّه».

(٢) «الهداية»: (٣/ ٥٢) بتصرُّفٍ يسيرٍ.

(٣) «الكافي»: (٦/ ٣٧٥).

قلنا: يُمكنُ التَّوفيقُ[١] بينهما بأنَّ لهذا العقدِ شُبهتَين:

١- شُبهةَ الغصب.

٢- وشُبهةَ البيع.

فإذا كانت قائمةً: اعتُبرَ شبهةُ الغصب؛ سعيًا في رفع العقدِ الفاسد، وإذا لم تكن قائمةً واشترى بها شيئًا: يُعتبرُ بها شبهةُ البيع، حتَّى لا يسريَ الفسادُ إلى بدله؛ لما[٢] ذكَرنا من شُبهة الشُّبهة، وأيضًا لتداوُل الأيدي تأثيرٌ في رفع الحُرمةِ على ما عُرِف.

(ولو بَنى في دارٍ شَراها شِراءً[٣] فاسِدًا: لَزِمَهُ قيمَتُها، وشَكَّ أبو يوسُفَ فيها) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يُنقَضُ البناء.

وهذه المسألةُ منَ المسائل التي أنكرَ أبو يوسُفَ روايتَها عن أبي حنيفة، فإنَّ أبا يوسُفَ قال لمحمَّدٍ: ما روَيتُ لكَ عن أبي حنيفةَ أنَّه يأخذُها بقيمتها، بل روَيتُ أنَّه يُنقَضُ البناء.

وقال محمَّدٌ: بل روَيتَ الأخذَ بالقيمة، لكن نسيتَ.

فشكَّ أبو يوسُفَ في روايته عن أبي حنيفة، ومحمَّدٌ لم يرجِع عن ذلك، وحملَه على نسيان أبي يوسُفَ، فإنَّه ذكرَ في كتاب الشُّفعةِ أنَّ المشتريَ إذا اشترى شراءً فاسدًا: إذا بنى فيها: فللشَّفيع الشُّفعةُ عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا شُفعةَ له.

فهذا يدلُّ على انقطاع حقِّ البائعِ ببناء المشتري عند أبي حنيفة، خلافًا لهما.

---

(١) في (ش١): «التَّفريقُ».

(٢) في (ش١) و(ش٤): «كما».

(٣) «شراءً»: سقط من (م٢).

[فصلٌ فيما يُكرَهُ منَ البيوع]

(وكُرِهَ النَّجَشُ[١]) **نجْشُ الصَّيد**: بسكون الجيم: إثارتُه[٢]، **والنَّجَش**: جاءَ بفتح الجيمِ وسكونِه، وهو: أن يستامَ(١) سلعةً لا يُريدُ شراءَها بأكثرَ من قيمتها[٣] ليرى الآخَرُ فيقعَ فيه.

[١]**قولُه**: (وكُرِهَ النَّجَشُ) قيل: المكروهُ أدنى درجةً(٢) منَ الفاسد، ولكنْ شُعبةٌ منه، ولذلك أوردَهما في بابٍ واحدٍ وأخَّرَه عنه(٣).

وحكمُه: أن لا يجبَ فسخُه، ويُملَكَ المبيعُ قبل القبض، ويجبَ الثَّمنُ لا القيمةُ إن هلكَ المقبوضُ في يد المشتري؛ لأنَّ وجوبَ المثلِ أوِ القيمةِ في البيع الفاسدِ؛ لكونه في حكم الغصب، وهذا ليس كذلك، كذا في «الغُرر»(٤).

[٢]**قولُه**: (إثارتُهُ) وهي - بكسر الهمزةِ -: الرَّفع، من أثارَ الغبارَ: رفعَه، والمرادُ هُهنا: التَّنفير؛ كما يُنفِّرُ الصَّيَّادُ الطُّيورَ منَ المواضعِ حتَّى تقعَ في شبكته.

[٣]**قولُه**: (بأكثرَ من قيمتِها) فظهرَ منه أنَّ الرَّاغبَ إذا طلبَ السِّلعةَ من صاحبها بأنقصَ من ثمنها، فزاد شخصٌ لا يُريدُ الشِّراءَ إلى أن بلغَ تمامَ قيمتِها: لا يكونُ مكروهًا؛ لانتفاء الخداع، كذا في «الأكمليَّة»(٥).

---

(١) في (ش١) و(ش٢): «يتساوَمَ».
(٢) في (ح٣): «مرتبة».
(٣) ولعلَّ تحقيق ذلك ما ذُكِرَ في أصول الفقه: أنَّ القبح إذا كان لأمرٍ مجاورٍ: كان مكروهًا، وإذا كان بوصفٍ متَّصلٍ: كان فاسدًا، كذا في «الأكمليَّة»: (٦/ ٤٧٦) (مِنهُ).
(٤) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ١٧٨).
(٥) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٧٧).

(والسَّومُ(١) على سَومِ غيرِهِ إذا رَضيا بثَمَنٍ(٢)[١]، وتَلَقِّي الجَلَبِ المُضِرُّ بأهلِ البَلَدِ) «الجلَب»: المُجْلُوب[٢]، فإنَّ المجلوبَ إذا قرُبَ منَ البلد: تعلَّقَ به حقُّ العامَّة، فيُكرَهُ أن يستقبِلَ البعضُ ويشتريَه، ويمنعَ العامَّةَ عن شرائه، وهذا إنَّما يُكرَهُ إذا كان مُضرًّا[٣] بأهل البلد.

---

[١] قولُه: (إذا رَضيا بثَمَنٍ) يعني: إذا مال قلبُ البائعِ إلى البيع بالثَّمن الذي سمَّاه المشتري، وأمَّا إذا لم يمِلْ قلبُه ولم يرضَ به: فلا بأسَ لغيره أن يشتريَه بأزيدَ؛ لأنَّه بيعُ مَنْ يَزيد، وقد روى أنسٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّ رسولَ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باعَ قَدَحًا بيعَ مَنْ يَزيد»(٣)، كذا في «العناية»(٤)، وسيُفصحُ عن هذا المعنى قولُ المصنِّف(٥): «لا بَيعُ مَن يَزيد».

[٢] قولُه: (الجلَب: المَجْلُوب) مِن جلبَ الشَّيء: جاءَ به من بلدةٍ إلى أخرى للتِّجارة.

[٣] قولُه: (إذا كان مُضِرًّا) وإلَّا: فلا بأسَ به، إلَّا إذا لبَسَ السِّعرَ على الواردين، فحينئذٍ يُكرَه؛ لما فيه منَ الضَّرر والغَرَر.

---

(١) وقال بعضهم: صورتُه: أنَّ الرَّجل إذا كان له طعامٌ، وأهل المصر في قحطٍ، وهو لا يبيعه من أهل المصر حتَّى يتوسَّعوا، ولكن يبيعه من أهل البادية بثمنٍ غالٍ، وأهل المصر يتضرَّرون: فلا يجوز، وإذا كانوا لا يتضرَّرون بذلك: فلا بأس ببيعه منهم، وإلى هذه الصُّورة ذهب صاحب «الهداية». «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٧١).

(٢) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «بشيء».

(٣) أخرجه أبو داود (١٦٤١)، والتِّرمذيُّ (١٢١٨)، والنَّسائيُّ (٤٥٠٨)، وابن ماجه (٢١٩٨).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٧٧).

(٥) ينظر: (٤/ ١٣٦).

وقد سمِعتُ أبياتًا لطيفةً لمولانا برهانِ الإسلام، فكتبتُها إحماضًا[١]، وهي:

أبو بكرِ الولدُ المُنتخَب ❁ أرادَ الخروجَ لأمرٍ عجَب
فقد قال إنِّي عزمتُ الخرو ❁ جَ لكفتارةٍ[٢] هي لي أمٌّ أب
فقلت: ألم تسمعَن يا بُنيَّ ❁ بنهيٍ أتى عن تلقِّي الجلَب

(وبَيعُ الحاضِرِ للبادي طَمَعًا في الثَّمَنِ الغالي زَمانَ القَحطِ).

صورتُه: أنَّ الباديَ[٣] يجلُبُ الطَّعامَ إلى البلد، فيطرحُه على رجلٍ يسكُنُ البلدَ ليبيعَ من أهل البلدِ بثمنٍ غالٍ، فهذا يُكرَهُ في أيَّام العُسرة.

(والبَيعُ عندَ أذانِ الجُمُعَةِ[٤]، ....

---

[١] **قولُه**: (إحماضًا) منَ الحموضة - بالحاء المهمَلةِ والضَّادِ المعجَمة -؛ يعني: أوردتُ هذه الأبياتَ؛ إظهارًا للمَلاحةِ والاستطراف.

[٢] **قولُه**: (لكفتارةٍ) أي: ضبُعٍ أنثى، وهي ههنا عبارةٌ عنِ العجوزة.

[٣] **قولُه**: (صورتُه: أنَّ الباديَ... إلخ) هذه الصُّورةُ هي التي تقتضيها لامُ للبادي، وقيل: صورتُه: الرَّجلُ له طعامٌ لا يبيعُه لأهل مصرٍ، ويبيعُه من أهل الباديةِ بثمنٍ متجاوزٍ عنِ الحدِّ(١)، فعلى هذا تكونُ اللَّامُ بمعنى: «مِن»، هذه هي المفهومةُ منَ «الهداية»(٢).

[٤] **قولُه**: (والبيعُ عند أذانِ الجُمُعَةِ) يعني: الأذانَ الأوَّلَ إذا كان بعد الزَّوال،

---

(١) وهو الغالي - بالغين المعجمة - (مِنهُ).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٥٤).

وقد نقل الأكمل: (٦/ ٤٧٨) الصُّورة التي ذكرها الشَّارح أيضًا (مِنهُ).

وتَفريقُ صَغيرٍ عن ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ[١] منهُ بلا حَقٍّ مُستَحَقٍّ) هذا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وأمَّا عند أبي يوسُفَ: إذا كان القرابةُ قرابةَ وِلادةٍ: لا يجوزُ بيعُ أحدِهما بدون الآخَر، فإنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أدرِك أدرِك»(١)، ولو كان البيعُ نافذًا: لا يُمكنُه الاستدراك، ولو كان بحقٍّ مستحَقٍّ؛ كدفع أحدِهما بالجناية، والرَّدِّ بالعيب: لا يُكرَه.

ذخيرة العقبى

هذا إذا وقعَ العقدُ منهما(٢) حالَ قعودِهما أو وقوفِهما، أمَّا إذا تبايَعا يمشيان: فيصحُّ بلا كراهةٍ.

[١] قولُه: (عن ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ) سواءٌ كان صغيرًا مثلَه أو كبيرًا، إلَّا في سبعة مواضع(٣).

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده»: (٧٦٠)، وابن ماجه في «سننه»: (٢٢٤٩)، والتِّرمذيُّ في «سننه»: (١٢٨٤)، من حديث عليِّ بن أبي طالبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ولفظُه عند الإمام أحمدَ: قال: أمرني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أبيع غلامَين أخوَين، فبعتُهما، وفرَّقتُ بينهما، فذكرتُ ذلك للنَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «أدرِكهما فارجِعهما، ولا تبِعهما إلَّا جميعًا».

(٢) في (ح٥): «بينهما».

(٣) اثنان منها ما صرَّح بهما المصنِّف والشَّارح، وهما: المدفوع بالجناية، والمردود بالعيب.
والثَّالث: ما إذا صار أحدهما إلى حالٍ لا يمكنه بيعه؛ كما إذا دبَّره أو استولده إن كانت أمَةً: فإنَّه لا بأس ببيع الآخر وإن حصل التَّفريق.
والرَّابع: إذا كان المالك حربيًّا: جاز للمسلم شراء أحدهما، وكما يُكرَه التَّفريق بالبيع: يُكرَه بالشِّراء.
والخامس: إذا ملك صغيرًا وكبيرين: جاز بيع أحد الكبيرين استحسانًا وإن لزم التَّفريق.
والسَّادس: إذا كان الصَّغير مراهقا: جاز بيعه برضاه ورضى أمِّه.
السَّابع: جاز إعتاق أحدهما على مالٍ أو غيره، وهو تفريقٌ في سياق هذا وسباقه أبحاثٌ كثيرةٌ في «العناية»، فليُنظَر فيها (مِنهُ). ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٨٢) بتصرُّفٍ وتقديمٍ وتأخيرٍ.

(لا بَيعُ[١] مَن يَزيدُ)[٢] واللهُ أعلم.

ذخيرة العقبى

(١) لا يُكرهُ بيعُ.

(٢) وهو ما يُسمَّى اليومَ: البيعَ بالمزاد.

باب الإقالة

(هي فَسخٌ في حَقِّ العاقِدَينِ[١]) الإقالة: فسخٌ في حقِّ المُتعاقدينِ(١)، بيعٌ جديدٌ في حقِّ غيرهما[٢] عند أبي حنيفة، فإن لم يُمكن جعلُها فسخًا في حقِّهما: تبطل.

باب الإقالة

وهي لغةً: الفسخُ والإزالة، مشتقَّةٌ منَ القِيل، لا منَ القَول، وقيل: منه، والهمزةُ للسَّلب، كأنَّها إزالةٌ للقول السَّابق، وهو مردودٌ بوجوهٍ ذُكِرَت في «الكفاية»(٢).

[١] **قولُه**: (فَسخٌ في حَقِّ المتعاقِدَين)، ولهذا بطَلَ ما نطقا به منَ الزِّيادة على الثَّمن الأوَّلِ والنُّقصانِ منه، ولو باعَ البائعُ المبيعَ منَ المشتري قبل أن يستردَّه: جاز، ولو كان بيعًا: لما جاز؛ لكونه قبل القبض، وفي روايةٍ أخرى عنه(٣): أنَّها بيعٌ بعد القبض، وفسخٌ قبله، إلَّا في العقار فإنَّه بيعٌ فيهما، كذا في شروح «الهداية»(٤).

[٢] **قولُه**: (بيعٌ [جديدٌ] في حقِّ غيرِهما) وذلك لأنَّ لفظَها(٥) يُنبئُ عنِ الفسخ والرَّفع؛ يعني: أنَّ حقيقةَ ذلك يُقالُ في الدُّعاء: «أقِلني عَثرَتي»(٦)، ومعناها يُنبئُ عنِ

(١) في (ش١) و(ش٤): «العاقدين».

(٢) ينظر: «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١١٣).

(٣) أي: عن الأعظم، صرَّح بها في «البيانيَّة»: (١٠/ ١٨٥) نقلًا من «شرح الأقطع»: (٣/ ٥٣٠) (مِنهُ).

(٤) جاء في جميع النُّسخ عدا (ح٥): «شرح الهداية» بدل «شروح الهداية»، وجاء في بعض المنهوَّات كما في (ح٤): «أي: الغاية»، وفي (ح١) و(ح٢): «أي: العناية» (مِنهُ).
وينظر: «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٨٧)، و«غاية البيان»: (١٠/ ١٨٥).

(٥) أي: الإقالة (مِنهُ).

(٦) أي: زلَّتي (مِنهُ).

وفائدةُ أنَّه بيعٌ في حقِّ الثَّالث: أنَّه تجبُ الشُّفعةُ بالإقالة، فإنَّ الشَّفيعَ ثالثُهما، ويجبُ الاستبراء؛ لأنَّه حقُّ اللهِ تعالى، فاللهُ ثالثُهما(١).

وعند أبي يوسُف: هي بيعٌ، وإن لم يُمكن جعلُها بيعًا: تُجعَلُ فسخًا، فإن لم يُمكن: تبطل[١].

وعند محمَّدٍ: عكسُ هذا(٢).

(فبَطَلَت بعدَ وِلادَةِ المَبيعَةِ[٢]) هذا تفريعُ كونِها فسخًا؛ إذ بعدَ الولادة لا يُمكنُ الفسخ، فتبطلُ عند أبي حنيفة.

البيع؛ لكونها مبادلةَ المالِ بالمال بالتَّراضي، وجعلُها بيعًا أو فسخًا فقط: إعمالٌ لأحد الجانبَينِ، وإعمالُهما ولو بوجهٍ أَولى، فجعلناها من حيثُ اللَّفظُ فسخًا في حقِّ المتعاقدَين؛ لقيامه بهما، فتعيَّنَ أن يكونَ بيعًا في حقِّ غيرِهما، هذا إذا ذُكِرَ الفسخُ بلفظ الإقالة، ولو ذُكِرَ بلفظ المفاسَخةِ أوِ المتارَكة: لا يُجعَلُ بيعًا اتِّفاقًا وإن أمكنَ جعلُها بيعًا إعمالًا بموضوعه اللُّغويِّ، كذا في «النِّهاية»(٣).

[١] قولُه: (فإن لم يُمكنْ: تبطل) كما إذا تقايَلا في المنقول قبل القبض على ما يُغايرُ الثَّمنَ الأوَّل، فبطلَتِ الإقالةُ؛ لاستحالة بيعِ المنقولِ قبل القبض والفسخِ بما عدا الثَّمنَ الأوَّلَ شرعًا.

[٢] قولُه: (بعدَ وِلادَةِ المَبيعَة) هذا إذا ولدَت بعد القبض، وأمَّا إذا ولدَت قبله: فهي صحيحةٌ عنده؛ لأنَّ الزِّيادةَ المنفصلةَ؛ كالولد، والأَرْش، والعَقْر: تمنعُ الإقالةَ

---

(١) في (ش١): «ثالثها»

(٢) أي: فسخ إن كانت بالثَّمن الأوَّل، فإن لم يمكن جعلها فسخًا فتجعل بيعًا، وإلَّا تبطل. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٧٨).

(٣) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٥٣٦).

وعندهما: لا تبطل؛ لأنَّها تكونُ بيعًا.

(وصَحَّت بمِثْلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ وإن[(١)] شَرَطَ غيرَ جِنسِهِ أو أكثَرَ منهُ) أي: إذا تقايلا على غير جنسِ الثَّمنِ الأوَّل، أو على أكثرَ منه: فعند أبي حنيفة: يجبُ الثَّمنُ الأوَّل؛ لأنَّ الإقالةَ فسخٌ عنده، والفسخُ لا يكونُ إلَّا على الثَّمن الأوَّل، فذلك الشَّرطُ شرطٌ[(٢)] فاسدٌ، والإقالةُ لا تفسدُ بالشَّرط الفاسد، فصحَّتِ الإقالةُ وبطلَ الشَّرط.

وعندهما: يكونُ بيعًا بذلك المسمَّى.

(وكذا في الأقَلِّ إلَّا إذا تَعَيَّبَ[(٣)]، فيَجِبُ ذلك) أي: يجبُ الثَّمنُ الأوَّلُ إذا تقايَلا على أقلَّ منه، إلَّا إذا تعيَّب، فحينئذٍ يجبُ الأقلُّ[١]، وهذا عند أبي حنيفة.

وكذا عند أبي يوسُفَ يكونُ بيعًا بالأقلِّ، فإنَّ الأصلَ عنده أنَّه بيعٌ.

وعند محمَّدٍ: تكونُ فسخًا بالثَّمن الأوَّل؛ لأنَّه سكوتٌ عن بعض الثَّمنِ الأوَّل، ولو سكتَ عنِ الكلِّ وأقال: كان فسخًا، فهذا أَولى، إلَّا إذا دخل عيبٌ: فإنَّه فسخٌ بالأقلِّ.

ذخيرة العقبى

بعد القبض، فلا تمنعُ قبله، وأمَّا الزِّيادةُ المتَّصلةُ؛ كالسِّمَنِ والجَمال: فلا تمنعُها مطلقًا، هذا زبدةُ ما في «الكفاية»[(٤)].

[١] قولُه: (فحينئذ يجبُ الأقلُّ) فيُجعَلُ الحطُّ بإزاء ما فاتَ بالعيب، ولهذا اشتُرِطَ أن يكونَ النُّقصانُ بقدْرِ حصَّةِ ما فات، ولا يجوزُ أن ينقُصَ أكثرَ منه.

---

(١) «إن» وصليَّة.

(٢) «شرط»: سقط من (ش٢).

(٣) في (ش٢): «تعييت».

(٤) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١١٩).

(ولم يَمنَعها(١) هَلاكُ الثَّمَنِ، بلِ المَبيعِ[١]، وهَلاكُ بَعضِهِ(٢) يَمنَعُ(٣) بقَدرِهِ).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (بلِ المَبيعِ)؛ لأنَّ شرطَ صحَّتِها قيامُ العقد، وهو قائمٌ بالمَبيع؛ لأنَّه محلٌّ له، فلا يبقى بعد هلاكه، بخلاف الثَّمن، حيثُ لا يمنعُ هلاكُه من صحَّتها؛ لأنَّه ليس بمحلٍّ للعقد، فلا يُشترَطُ قيامُه، وهذا لأنَّه يثبتُ له حكمُ الوجودِ في الذِّمَّة بالعقد، فكان حكمًا للعقد، وحكمُ الشَّيءِ يعقُبُه، فلا يكونُ محلًّا؛ لأنَّ المحلَّ شرطٌ، والشَّرطُ يسبق، فكان بينَهما تنافٍ، ولهذا يبطُلُ البيعُ بهلاك المَبيعِ قبل القبض، لا بهلاك الثَّمنِ قبله، كذا في «التَّبيين»(٤).

(١) أي: الإقالة.
(٢) أي: بعض المبيع.
(٣) في (ش٤) و(م٢): «منعٌ».
(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٧٣).

باب المرابحة والتولية

(المُرابَحَةُ:(١) بَيعُ المُشتَرى بثَمَنِهِ[١] وفَضلٍ.

والتَّوليَةُ: بَيعُهُ بهِ بلا فَضلٍ).

باب المُرابحة والتَّولية

اعلم أنَّ لهما قرينًا آخرَ يُقالُ له: وضيعةٌ، وهي البيعُ بالنَّاقص منَ الثَّمن السَّابق(٢)، ومعنى كونِها قرينةً لهما: أنَّ كلَّ ما شُرِطَ فيهما: شرطٌ فيها؛ ككونِ العوَضِ مثليًّا وغيرَه، وهي لغةً: الدَّنيَّةُ من كلِّ شيءٍ، والوضيع: الدَّنيُّ منَ النَّاس.

ومعنى المرابحةِ لغةً: ظاهرٌ، والتَّولية: أن يجعلَ غيرَه واليًا، فكأنَّ المشتريَ يجعلُ المشترى منه واليًا بما اشتراه، ولها قرينٌ رابعٌ(٣)، وهي المساوَمة، وهي التي لا يُلتفَتُ فيها إلى الثَّمن الأوَّل، فأنواعُ البياعاتِ بحسَب الثَّمنِ الذي يُذكَرُ بمقابلة السِّلعةِ أربعةٌ، كذا في «التَّبيين»(٤).

[١] قولُه: (بَيعُ المُشتَري بثَمَنِه) فيه بحثٌ من وجهَين:

الأوَّل: أنَّه غيرُ منعكِسٍ؛ لأنَّه ذكرَ في «المبسوط»(٥) أنَّ مَن ملكَ ثوبًا بهبةٍ أو وصيَّةٍ، فقوَّمَه ثمَّ باعَه مرابحةً أو توليةً: جاز، وذكرَ في «الخانيَّة» و«الأكمليَّةِ»(٦):

---

(١) من (ش٣) و(م٢) زيادة: «هي».

(٢) في (ح٢): «الأوَّل».

(٣) من أنواعَ البيوعات المذكورة، يفصِح عنه قوله متَّصلًا به: «فأنواع البيوعات» (مِنهُ).

(٤) زاد في (ح٥): «و«الكفاية» وكُتِبَتْ على هامش (ح٤) أيضًا.
«تبيين الحقائق»: (٤/ ٧٣)، ويُنظَر: «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١٢٢).

(٥) «المبسوط»: (١٣/ ٩١) بتصرُّفٍ.

(٦) «فتاوى قاضيخان»: (٢/ ٢٣٩)، و«العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٩٥).

....

ذخيرة العقبى

((أنَّ المغصوبَ الآبقَ إذا عادَ بعد القضاء بالقيمة على الغاصب: جاز للغاصب بيعُه مرابحةً، والتَّعريفُ ليس بصادقٍ عليهما؛ لخلوِّهما عن الشِّراء والثَّمن)).

والثَّاني: أنَّ قولَه: «بالثَّمن الأوَّل» إمَّا أن يُرادَ به: عينُ الثَّمنِ الأوَّل، أو مثلُه، لا سبيلَ إلى الأوَّل؛ لأنَّ عينَ الثَّمنِ الأوَّلِ صار مِلكًا للبائع الأوَّل، فلا يتأتَّى كونُه مُرادًا في البيع الثَّاني، ولا إلى الثَّاني؛ لأنَّه لا يُشترَطُ كونُ الثَّمنِ الثَّاني مثلًا للثَّمن الأوَّلِ في الجنس؛ للقطع بجواز بيع ما اشتراه بالدَّراهم بالدَّنانير، وبالعكس إذا كان معلومَ المقدار، ولا في المقدار؛ لأنَّ ضمَّ أجرِ القصَّارِ وغيرِه إلى رأس المالِ يُنافيه؛ لأنَّه ليس بثمنٍ في العقد الأوَّل.

والجوابُ عنِ الأوَّل: أنَّ الثَّمنَ ههنا مجازٌ عمَّا قامَ عنده من غير خيانةٍ، فكان ما قوَّمَه المقوِّمُ ثمنًا لِما ملكَه بهبةٍ أو غيرِها، والمرادُ بالشِّراء أعمُّ من أن يكونَ ابتداءً أوِ انتهاءً، فإذا قضى القاضي بقيمة المغصوب: عادَ ذلك الضَّمانُ شراءً، وتلك القيمةُ ثمنًا، حتَّى لا يقدرُ المالكُ على ردِّ القيمةِ وأخذِ المغصوب، ولهذا أطلقَ عليه قاضيخان[1] ثمنًا حكميًّا، فاندفعَ البحثُ الأوَّلُ رأسًا.

وعنِ الثَّاني: أنَّ المرادَ مثلُ الثَّمنِ الأوَّلِ في المقدار.

قولُه[2]: (وإن ضَمَّ أُجرةَ القَصَّار) إلى رأس المال: يُنافيه، **قلنا**: عادةُ النَّاسِ جاريةٌ بإلحاق ما يزيدُ في المَبيع أو قيمتِه إلى رأس المال، فكان من جملة الثَّمنِ الأوَّلِ عادةً، فيكونُ من قبيل تركِ الحقيقةِ للعادة، كذا في «العناية»[3].

---

(١) ينظر: «فتاوى قاضي خان»: (٢/ ٢٣٩).

(٢) هكذا جاء محلُّها في النُّسخ، وهي مرتبطةٌ بالمسألة الآتية بعد قليل.

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤٩٥).

المرابحة: هي أن يشترِطَ[١] أنَّ المبيعَ(١) بالثَّمن الذي اشترى به معَ فضلٍ معلومٍ.

والتَّولية: أن يشترِطَ أنَّه بذلك الثَّمنِ(٢) بلا فضلٍ.

(وشَرطُهُما: شِراؤهُ[٢] بمِثليٍّ(٣))؛ لأنَّ فائدةَ هذينِ البيعَينِ ....

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (المُرابَحة: هي أن يشترِط... إلخ) **أقول**: لعلَّ المرادَ من هذا التَّفسيرِ إفادةُ أنَّ الاشتراطَ معتبرٌ في هذَينِ البيعَين، وبه يمتازانِ عن سائر البيوع، لا بنفس الزِّيادةِ وعدمِها، وإلَّا فلا يُتصوَّرُ خلوُّه عنهما(٤).

[٢] **قولُه**: (شِراؤُه) أي: شراءُ البائع الذي هو المشتري الأوَّلُ للمبيع منَ البائع الأوَّلِ بثمنٍ مثليٍّ، فإذا كان الثَّمنُ الأوَّلُ مثليًّا، فباعَه منه مرابحةً عليه بزيادة ربحٍ: يجوز، سواءٌ كان الرِّبحُ من جنس الثَّمنِ الأوَّل، أو لم يكن بعد أن يكونَ شيئًا مقدَّرًا معلومًا؛ نحوَ الدَّراهم، وثوبٍ مُشارٍ إليه، أو دينارٍ؛ لأنَّ الثَّمنَ الأوَّلَ معلومٌ، والرِّبحَ معلومٌ، كذا في «البيانيَّة»(٥).

فتوهُّمُ لزومِ كونِ الرِّبحِ منَ المثليَّات باتِّفاق وقوعِ الأمثلةِ منها: وَهْمٌ محضٌ وإنِ استدعاه ظاهرُ قولِ ابنِ السَّاعاتيِّ(٦): ((والرِّبحُ مثليٌّ معلومٌ)).

---

(١) في (ش٤): «البيع».

(٢) «الثمن»: سقط من (ش٣).

(٣) كالدَّراهم والدَّنانير، والكيليِّ والوزنيِّ، والعدديِّ المتقارب. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٨٢).

(٤) ومن شرائطها: أن لا يكون صرفًا، حتى لو باع دنانير بدراهم: لا تجوز فيه المرابحة ولا التَّولية؛ لأنَّهما في الذِّمَّة، والمقبوضُ غيرُ ما وجب بالعقد، فلا يُتصوَّران فيه، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٧٤) (مِنهُ).

(٥) «غاية البيان»: (١٠/ ١٩٨).

(٦) «مجمع البحرين»: (ص: ٢٩٩).

أنَّ الغبيَّ[١] يعتمِدُ على فعلِ الذَّكيِّ، فتطيبُ نفسُه بمثلِ ما اشترى به هو، أو بمثله مع فضلٍ، وهذا المعنى إنَّما يظهرُ في ذوات الأمثالِ دونَ ذواتِ القيَم؛ لأنَّ ذواتِ القيمِ قد تُطلَبُ بصورتها من غير اعتبارِ ماليَّتِها، وأيضًا القيمةُ[٢] مجهولةٌ، ومبنى البيعَينِ على الأمانة[٣].

[١] قولُه: (إنَّ الغبيَّ) وهو مَن تخفى عليه الأمور.

[٢] قولُه: (وأيضًا القيمةُ... إلخ) قيل: وههنا بحثٌ، وهو أنَّ الدَّليلَ الأوَّلَ لا يتمُّ في إفادة المقصودِ بدون الإرجاعِ إلى هذا كما لا يخفى، فالوجهُ ذكرُهما في صورة دليلٍ واحدٍ كما في المطوَّلات.

ونحن نقول: إنَّه وهمٌ نشأَ من عدم التَّفرقةِ بينَ معنى كونِ ذواتِ القيَمِ مطلوبةً بأعيانها(١)، وبينَ كونِ القيمةِ مجهولةً، والفرقُ متَّضحٌ عند مَن له فِطرةٌ سليمةٌ، وفِطنةٌ كريمةٌ.

[٣] قولُه: (ومبنى البيعَينِ على الأمانة) والقيمةُ المجهولةُ وإن خلَت عن نفس الخيانة: فقلَّما تخلو عن شبهتِها، فلا يصحَّانِ في القيميَّاتِ إذا باعَه ممَّن لا يملكُ ذلك البدل، وأمَّا لو باعَه ممَّن يملكُ ذلك البدلَ(٢) منَ البائع الأوَّلِ بسببٍ منَ الأسباب، فاشتراه مرابحةً بربحٍ معلومٍ من درهمٍ، أو بشيءٍ منَ المكيل أوِ الموزونِ الموصوف: جاز؛ لانتفاء الجهالة، ولاقتداره على الوفاء بما التزم.

---

(١) لأنَّ المراد من كونها مطلوبةً بأعيانها: عدمُ اعتبار بدليَّة القيمة فيها، فضلًا عن كونها مجهولةً أو لا (منه).

(٢) صورته: رجلٌ باع عبدًا بثوبٍ، وملك ذلك الثَّوب غيرُه بسببٍ من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثَّوب يشتري هذا العبد بذلك الثَّوب، وبربح درهمٍ: جاز، كذا في «البيانيَّة»: (١٠/ ١٩٩) (منه).

(وله ضَمُّ أجرِ القَصَّارِ(١)[١]، والصَّبغِ، والطِّرازِ، والفَتْلِ(٢)، والحَملِ إلى ثَمَنِهِ،

ذخيرة العقبى

وإن باعَه بربح دَهْ يازْدَه؛ أي: بربح مقدارِ درهمٍ على عشَرة دراهم: فإن كان الثَّمنُ الأوَّلُ عشرينَ: كان الرِّبحُ درهمَين، وإن كان ثلاثينَ: كان ثلاثةَ دراهم: لا يجوز؛ لبقاء الجهالة؛ لأنَّ تسميةَ أحدَ عشَرَ يقتضي أن يكونَ الرِّبحُ من جنس رأسِ المال؛ لأنَّه لا يكونُ أحدَ عشَرَ إلَّا وأن يكونَ الحادي عشَرَ من جنس العشَرة(٣)، فصار كأنَّه باع بالثَّمن الأوَّل، وهو الثَّوب، وبجزءٍ من جنس الأوَّل، والثَّوبُ لا مثلَ له من جنسه، فلا يُعرَفُ الجزءُ الحادي عشَرَ منه إلَّا بالقيمة، وهي مجهولةٌ، فلا يجوز، كذا في «البيانيَّة»(٤).

[١] **قولُه**: (وله ضَمُّ أجرِ القصَّارِ... إلخ) الصَّبغُ بفتح الصَّاد: مصدرٌ، وبالكسر: ما يُصبَغُ به.

والطِّرازُ - بكسر الطَّاءِ وبالرَّاء المهمَلتَين، آخرُه زاءٌ معجَمةٌ -: علَمُ الثَّوب.

والفَتلُ - بفتح الفاء -: مصدرُ فتلَ الحَبْلَ؛ أي: بتافت رسن را.

والحَملُ؛ أي: حملُ المبيعِ من مكانٍ إلى مكانٍ، وذلك لأنَّ العرفَ جارٍ بإلحاق هذه الأشياءِ برأس المال، ولأنَّ كلَّ ما يزيدُ في عين المبيعِ أو قيمتِه يُلحَقُ به، هذا هو الأصل.

---

(١) أي: للبائع ضمُّ أجرة القصارة...إلخ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٨٢).
(٢) الفَتل: بفتح الفاء: ما يصنع بأطراف الثِّياب من حريرٍ أو غيره. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ١٨٢).
(٣) لأنَّ عشر الشَّيء يكون من جنسه. «كفاية»: (٦/ ١٢٤) (مِنهُ).
(٤) «غاية البيان»: (١٠/ ١٩٩).

لكن يَقولُ: «قامَ عليَّ بكذا»[١]، لا: «اشتَرَيتُهُ بكذا»(١)، فإن ظَهَرَ للمُشتَري خيانَةٌ[٢] في مُرابَحَةٍ: أخَذَهُ بثَمَنِهِ أو رَدَّهُ، وفي التَّوليَةِ: حَطَّ مِن ثَمَنِهِ(٢).

وعندَ أبي يوسُفَ: يَحُطُّ فيهِما(٣)[٣].

---

[١] **قولُه**: (لكن يقول: «قامَ عليَّ بكذا») يعني: في كلِّ موضعٍ يجوزُ له أن يُضَمَّ إلى رأس المال ينبغي أن يقول: «قامَ عليَّ بكذا»؛ لأنَّه صدقٌ، ولا يقول: «اشتريتُه بكذا»، فإنَّه كذبٌ؛ لأنَّ الشِّراءَ بالشَّيء ما ذُكِرَ ثمنًا في العقد، وهذا بخلاف ما إذا اشترى الرَّجلُ متاعًا ثمَّ رقَمَه بأكثرَ من ثمنه، ثمَّ باعَه مرابحةً على رَقْمه، فهو جائزٌ، حيثُ لا يقول: «قامَ عليَّ بكذا»، ولا: «اشتريتُه بكذا»؛ لأنَّه كذبٌ، وإنَّما يقول: «رَقْمُه كذا وكذا، فأنا أبيعُه مرابحةً على ذلك».

وقال محمَّدٌ في «الأصل»(٤): ((وكذلك لو كان أصلُه ميراثًا، أو هبةً، أو وصيَّةً، فقوَّمَه قيمتَه ثمَّ باعَه مرابحةً على تلك القيمة: جاز)) كذا في «البيانيَّة»(٥).

[٢] **قولُه**: (فإن ظَهَرَ للمُشتَري خِيانَةٌ) إمَّا بالبيِّنة، أو بإقرار البائع، أو بنكوله عنِ اليمين.

[٣] **قولُه**: (وعند أبي يوسف: يَحُطُّ فيهِما) إلَّا أنَّه يحطُّ في التَّولية قدرَ الخيانةِ من رأس المالِ فقط، وفي المرابحة منه ومنَ الرِّبح، حتَّى لوِ اشترى ثوبًا بعشَرةٍ على ربح خمسةٍ، ثمَّ ظهرَ أنَّ البائعَ اشتراه بثمانيةٍ: يحُطُّ قدرَ الخيانةِ منَ الأصل، وهو

---

(١) تحرُّزًا عن الكذب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٨٠).

(٢) أي: حطَّ بقدر الخيانة. «فتح باب العناية»: (٢/ ٣٥٥).

(٣) أي: في المرابحة والتَّولية. «فتح باب العناية»: (٢/ ٣٥٥).

(٤) «الأصل»: (٢/ ٤٨٦).

(٥) «غاية البيان»: (١٠/ ٢٠٢) باختصارٍ يسيرٍ.

وعندَ مُحَمَّدٍ: خُيِّرَ فيهِما).

(فإن[١] شَرى ثانيًا بعدَ بَيعٍ بربحٍ: فإن رابَحَ: طَرَحَ عنه ما رَبِحَ، وإنِ استَغرَقَ الرِّبحُ الثَّمَنَ: لم يُرابِح) إذا اشتراه[٢] بعشَرةٍ، وباعَه بالخمسةَ عشَر، ثمَّ اشتراه بعشَرةٍ: فإنَّه إن باعَه مرابَحةً: طرَحَ عنه ما ربِح، ويقول: «قامَ عليَّ بخمسةٍ».

وإنِ اشترى بعشَرةٍ وباعَه بعشرين، ثمَّ اشتراه بعشَرةٍ[٣]: لا يبيعُه مرابَحةً أصلًا.

وعندهما: يقول: «قام عليَّ بعشَرةٍ» في الفصلَين؛ لأنَّ البيعَ الثَّاني بيعٌ متجدِّدٌ، ومنقطِعُ الأحكامِ عنِ[٤] الأوَّل.

ولأبي حنيفةَ: أنَّ قبلَ الشِّراء الثَّاني يحتمِلُ أن يطَّلعَ على عيبٍ فيرُدَّه عليه، فسقطَ الرِّبحُ الذي ربِحَه، فإذا اشتراه ثانيًا: تأكَّدَ ذلك الرِّبح، فصار الشِّرى[٥] الثَّاني شُبهةَ أنَّ الرِّبحَ حصلَ به، فلا يكونُ منقطِعَ الأحكامِ عنِ الأوَّل.

ذخيرة العقبى

درهمانِ وما قابلَهما منَ الرِّبح، وهو درهمٌ واحدٌ، فيأخذُ الثَّوبَ باثنَي عشَرَ درهمًا؛ لأنَّ هذا ربحٌ على الكلِّ، وقد ظهرَت خيانتُه على الكلِّ، فيظهرُ الأثرُ في الرِّبح أيضًا، كذا في شروح «الهداية»[٦].

(١) في (ش١) و(ش٤) و(م٢): «ومن».

(٢) في (ش١) «اشتراه»، وفي (ش٥): «أي: إذا اشترى ثوبًا».

(٣) قوله: «فإنَّه إن باعه مرابحةً،... ثمَّ اشتراه بعشرةٍ»: سقط من (ش١). وقوله: «طرح عنه ما ربح» مثبت من (ش٥).

(٤) في (ش٣) زيادة: «البيع».

(٥) في (ش١): «للمشتري»، و(ش٢): «للمشري»، وفي بعض النُّسخ: «الشَّريُّ».

(٦) ينظر: «غاية البيان»: (١٠/ ٢٠٣).

(ورابَحَ سَيِّدٌ شَرى مِن مَأذونِهِ المُحيطِ دَينُهُ برَقَبَتِهِ على ما شَرى بائعُهُ) أي: إذا اشترى عبدٌ[١] المأذونِ المحيطِ دينُه برقَبته ثوبًا بعشَرةٍ، فباعَه من[٢] مولاه بخمسةَ عشَر: فالمولى إن باعَه مرابَحةً يقول: «قام عليَّ بعشَرةٍ».

(كمَأذونٍ شَرى مِن سَيِّدِهِ) أي: إنِ[٣] اشترى المولى بعشَرةٍ، ثمَّ باعَه من مأذونه المحيطِ دينُه برقَبته بخمسةَ عشَر: فالمأذونُ إن باعَه مرابحةً يقول: «قام عليَّ بعشَرةٍ»؛ لأنَّ بيعَ المولى من عبده المأذونِ وشراءَه منه: اعتُبرَ عدَمًا[٤] في حقِّ المرابحة؛ لثبوته معَ المُنافي[١].

وإنَّما قال: «المحيطِ دَينُه برقَبته»؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ للعبد المأذونِ ملكٌ، أمَّا المأذونُ الذي لا دَينَ عليه: فلا ملكَ له، فلا شُبهةَ في أنَّ البيعَ الثَّانيَ لا اعتبارَ له، أمَّا إذا كان عليه دَينٌ محيطٌ: فحينئذٍ يكونُ البيعُ الثَّاني بيعًا، ومع ذلك لا اعتبارَ له في حقِّ المرابَحة، فيثبُتُ الحكمُ بالطَّريق الأَولى فيما لا دَينَ له[٥] عليه.

---

[١] قولُه: (لثبوتِه معَ المُنافي) وهو تعلُّقُ حقِّ المولى بمال العبد، وقيل: كونُ العبدِ مِلكًا للمولى، ولهذا كان له أن يقضيَ الدَّينَ وينفردَ بكسب عبدِه، فصار كالبائعِ من نفسه، وإذا عُدِمَ البيعُ الثَّاني: لا يبيعُه مرابحةً على الثَّمن المذكورِ فيه، وإنَّما يبيعُه على الثَّمن المذكورِ في الأوَّل.

---

(١) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «العبد».
(٢) في (ش٢): «عن».
(٣) «إن»: سقط من (ش١) و(ش٢) وفي (ش٥) «إذا».
(٤) قوله: «اعتبر عدمًا» في (ش١): «لا يعتبر عندنا».
(٥) «له»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(ورَبُّ المالِ على ما شَراهُ مُضارِبُهُ بالنِّصفِ أوَّلًا، ونِصفِ ما رَبِحَ بشِرائهِ ثانيًا منهُ) أي: اشترى المضارِبُ بالنِّصف ثوبًا بعشَرةٍ، وباعَه من ربِّ المالِ بخمسةَ عشَر: فالثَّوبُ قام على ربِّ المالِ باثنَي عشَرَ ونصفٍ(١).

(فإنِ اعورَّتِ(٢)[١] المَبيعةُ، أو وُطِئت ثَيِّبًا(٣): رابَحَ بلا بَيانٍ) أي: لا يجبُ عليه أن يقول: «إنِّي اشتريتُها سليمةً فاعورَّت في يدي».

وعند أبي يوسُفَ والشَّافعيِّ(٤)[٢]: لزِمَه بيانُ[٣] هذا؛ لأنَّه لا شكَّ أنَّه ينقُصُ الثَّمنُ بالاعوِرار.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فإنِ اعورَّتِ) أي: ذهبَت عينُها الواحدةُ بآفةٍ سماويَّةٍ، وقد فسَّرَ صاحبُ «الدُّستور»(٥): عور بك جشم شد.

[٢] قولُه: (وعند أبي يوسفَ والشَّافعي) هذا الخلافُ مختصٌّ بالاعورار، أمَّا الوطء: فلا يلزمُ بيانُه اتِّفاقًا(٦).

[٣] قولُه: (لَزِمَ بيانُه) يعني: إذا فقأَ(٧) المشتري عينَها بنفسه، أو فقأَها أجنبيٌّ،

---

(١) في (ش٢) زيادة قوله: «فإنه يبعه مرابحة باثني عشر ونصفًا».
(٢) أي: بآفة سماويَّةٍ.
(٣) أي: اشترى جاريةً والحال أنَّها ثيِّبٌ، ولم ينقصها الوطء سواءٌ كان الواطئ مولاها أو غيره، ولذا أتى بصيغة المجهول. «مجمع الأنهر»: (٣/ ١١١).
(٤) ينظر: «المجموع»: (١٣/ ٧).
(٥) «الدُّستور»: (ص٣٨٩)، وفيه «يك جشم شد»، وفي (ح٢) و(ح٥): «عوربيك».
(٦) يفصح عنه تخصيص الشَّارح الاعورارَ بالذِّكر، حيث قال: «ينقص الثَّمن بالإعوار»، ولم يعطف الوطءَ عليه (مِنهُ).
(٧) أي: عوَّرها، صرَّح به في «الصِّحاح»: (عور)، بمعنى عوَّر من التَّعوير، وهو إخراج العين بالمباشرة (مِنهُ).

وما قيل: إنَّ الأوصافَ لا يُقابلُها شيءٌ مِنَ الثَّمن، معناه: أنَّ الأوصافَ لا يكونُ لها حصَّةٌ معلومةٌ مِنَ الثَّمن، لا أنَّ الثَّمنَ لا يزيدُ بسبب الوصفِ، ولا ينقُصُ بفواته، على أنَّ هذا البيعَ مبنيٌّ على الأمانة، فالاحتياطاتُ السَّابقةُ لا تُناسبُ هذا.

لكنَّا نُجيب: بأنَّه لم يأتِ مِنَ البائع غُرورٌ، فإنَّه صادقٌ في قوله: «قامت عليَّ بكذا»، لكنَّ المشتريَ اغترَّ بحماقته، فعليه أن يسألَه: «إنَّك اشتريتَ بكذا سليمةً أو مُعورَّةً؟» فيُبيِّنَ له الحال، فإذا قصَّرَ في ذلك: لا يجبُ على البائع كشفُ حالٍ لم يسأل عنها.

سواءٌ كان بأمر المشتري أو بغيره: وجبَ البيانُ عند البيع مرابحةً؛ لأنَّه صار مقصودًا بالإتلاف، وكذا إن وطئَها بِكرًا؛ لأنَّ العَذِرةَ جزءٌ منَ العين يُقابلُها الثَّمن، وقد حبسَها، فلا بدَّ منَ البيان، أمَّا لو تعيَّبَ المبيعُ بفعل نفسِه، كما لو فقأَت عينَ نفسِها: فهو كما إذا تعيَّبَ بآفةٍ سماويَّةٍ، فجاز أن يبيعَه مرابحةً من غير بيانٍ؛ لأنَّ فِعلَه في نفسه هدرٌ، فلا يُعتبَر.

واعلم أنَّ المرادَ بقوله: «رابَحَ بلا بيانٍ»: أنَّه اشتراه سليمًا بكذا منَ الثَّمن، ثمَّ تعيَّبَ عنده، وأمَّا بيانُ نفسِ العيب: فواجبٌ شرعًا؛ لقوله ﷺ: «مَن غشَّنا: فليس منَّا»[1]، فلا يجوزُ إخفاؤه، كذا في «التَّبيين»[2].

وقد أشارَ الشَّارحُ إلى هذا المعنى بقوله: «أي: لا يجبُ عليه أن يقول... إلخ» يعني: وإن وجبَ عليه بيانُ نفسِ العيب.

---

(١) أخرجه مسلمٌ (١٠٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٧٥).

(فإن فُقِئَت(١)، أو وُطِئَت بِكرًا: لَزِمَهُ بَيانُهُ، وقَرضُ فأرٍ[١]، أو حَرقُ(٢) نارٍ للثَّوبِ المُشتَرى كالأُولى(٣)[٢]، وتكسيرُهُ بنَشرِهِ وطَيِّهِ(٤) كالثَّانيةِ(٥)[٣]).

(ومَن شَرى(٦) بنَساءٍ(٧) ورابَحَ بلا بَيانٍ(٨): خُيِّرَ مُشتَريهِ، ....

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وقَرضُ فَأرٍ) بالقاف، من: قرضَ الثَّوبَ بالمِقراض؛ إذا قطعَه، ونصَّ أبو اليُسرِ على أنَّه بالفاء.

والفأر - مهموزٌ -: جمعُ فأرةٍ، وهي بالفارسيِّ: موش.

[٢] **قولُه**: (كالأُولى) أي: رابَحَ بلا بيانٍ؛ لأنَّ الأوصافَ تابعةٌ لا يُقابلُها شيءٌ منَ الثَّمن(٩).

[٣] **وقولُه**: (كالثَّانيَةِ) أي: لزِمَه بيانُه؛ لأنَّ تكسُّرَ الثَّوبِ بنشرِ المشتري وطيِّه:

(١) أي: قلعت عينها. «زبدة النِّهاية»: (٣/ ١٨٨).

(٢) في (ش١) و(م٢): «وحرق».

(٣) أي: كالمسألة الأولى في عدم لزوم البيان؛ لما ذكر في الاعورار من أنَّ الأوصاف تابعةٌ لا يقابلها الثَّمن. «زبدة النِّهاية»: (٣/ ١٨٩).

(٤) في (م٢): «وتسكره بنشره أو طيِّه».

(٥) أي: كالمسألة الثَّانية في لزوم البيان؛ لما ذكر في فقء العين من أنَّ الأوصاف صارت مقصودةً بالإتلاف. «زبدة النِّهاية»: (٣/ ١٨٩).

(٦) في (ش٣) زيادة: «شيئًا».

(٧) النَّسيئة: التَّأخير. «مختار الصِّحاح»: (ن س أ).

(٨) أي: لم يبيِّن أنَّه اشتراه نسيئةً. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٨٥).

(٩) يعني: أنَّ ما يقابله الثَّمن كلُّه قائمٌ، فلا يُبالى بذهاب ما لا يقابله الثَّمن، ألا ترى أنَّه لو توسَّخ الثَّوب: لا يجب عليه البيان؟ فصار نظير ما إذا نقص بتغيُّر السِّعر، وفي «نوادر هشام» ذكر عن محمَّد فقال: هذا إذا نقصه العيب شيئًا يسيرًا، وإن نقصه قدْرَ ما لا يتغابن النَّاس: لا يجوز بيعه مرابحةً، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٧٨) (مِنهُ).

فإن أتلَفَ(١) ثمَّ علِمَ: لَزِمَهُ كُلُّ ثَمَنِهِ[١]، وكذا التَّوليةُ.

فإن وَلَّى بما قامَ عليه(٢)، ولم يَعلَم مُشتَريهِ قَدرَهُ: فَسَدَ، وإن عَلِمَ في المَجلِسِ: خُيِّرَ).

ذخيرة العقبى

تلفٌ، ووقع بقصده، فعليه بيانُه.

[١] **قولُه**: (لَزِمَه كُلُّ ثَمَنِه) وعنِ الإمام الثَّاني: أنَّه يردُّ قيمةَ الثَّوب، ويستردُّ الثَّمن، وقيل: يُختارُ للفتوى أن يُقوَّمَ المبيعُ بثمنٍ حالٍّ وبثمنٍ مؤجَّلٍ، فيرجعُ المشتري على البائع بفضلِ ما بينَهما؛ عملًا بعادة النَّاس، كذا في «الكافي»(٣).

(١) أي: المشتري. في (م٢): «أتلفه».
(٢) أي: ولَّى رجلًا أن يبيع له بالتَّولية. «عمدة الرعاية»: (٣/ ١٩٠).
(٣) «الكافي»: (٦/ ٤٠٣).

[فصلٌ
في بيان التَّصرُّف في المَبيع والثَّمنِ قبلَ قبضه]

(ولم يَجُز بَيعُ مُشتَرَى[١] قبلَ قَبضِهِ إلَّا في العَقارِ).

والفرقُ بينَهما أنَّ نهيَ النَّبيِّ ﷺ عن بيع ما لم يقبِض(١) معلَّلٌ بأنَّ فيه غَرَرَ انفساخِ العقدِ[٢] على تقدير الهلاك، والهلاكُ في العقار نادرٌ[٣].

---

[١] قولُه: (ولم يَجُزْ بَيعُ مُشتَرَى... إلخ) قيل: ذكرُ هذه المسائل في البيع الفاسدِ أنسبُ من ذكرها ههنا؛ لأنَّها ليست من هذا البابِ في شيءٍ، وقد ذُكِرَ هنا بأدنى ملابسةٍ، وهي الاستطرادُ باعتبار تقيُّدِها بقيدٍ زائدٍ على البيع المجرَّدِ عنِ الأوصاف؛ كالمرابحةِ والتَّولية، فليُتأمَّلْ(٢).

[٢] قولُه: (بأنَّ فيه غَرَرَ انفساخِ العقدِ) قال الجوهريُّ(٣): ((الغَرَرُ - بفتحتَين -: الخطر))، وقيل: هو ما طويَ عنك علمُه، كذا في «الأكمليَّة»(٤).

[٣] قولُه: (والهلاكُ في العقارِ نادرٌ) والنَّادرُ لا حكمَ له، ولا يُمكنُ تعيينُه ليصيرَ هالكًا حكمًا، حتَّى لو تُصوِّرَ هلاكُه قبل القبض: لا يجوزُ بيعُه، وذلك بأن كان على شطِّ النَّهرِ ونحوِه.

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده»: (١٥٣١٦) والنَّسائيُّ في «سننه»: (٤٦٠٣) من حديث حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) أي: إشارةٌ إلى أنَّ المقصود بالذَّات هنا بيان شرط جواز تصرُّف البائع في المبيع بالأكل والبيع، وإن لزم تعيُّن كون بعض صورها من قبيل الفاسد فمآلها إلى أحوال البيع المطلق، نعم امتيازها عنه ببعض الخصوصيَّات يقتضي أن يجعل لها فصلًا على حدةٍ كما في بعض المعتبرات، لكنَّ المصنِّف نظر إلى ارتباط بعض مسائل المرابحة التي يليها بها جعلها من تتمَّة بابها (مِنهُ).

(٣) «الصِّحاح»: (غرر).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٤١١).

وعند محمَّدٍ: لا يجوزُ في العقار أيضًا؛ عملًا بإطلاق النَّهي.

(ومَن شَرى كَيليًّا كَيلًا) أي: بشرط الكيل: (لم يَبِعهُ، ولم[1] يَأكُله حتَّى يَكيلَهُ) فإنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع الطَّعامِ[1] حتَّى يجريَ فيه صاعان؛ صاعُ البائع، وصاعُ المشتري[2].

(وشُرِطَ كَيلُ البائعِ بعدَ بَيعِهِ بحَضرَةِ المُشتَري) حتَّى إن كالَه البائعُ قبلَ البيع: لا اعتبارَ له، وإن كالَه البائعُ[3] بحضرة المشتري، وكذا إن كالَه بعدَ البيع بغَيبة المشتري: (كَفى[4] به في الصَّحيحِ) أي: إن كال البائعُ بعدَ البيع بحضرةِ المشتري: فهذا كافٍ، ولا يُشتَرَطُ أن يكيلَ المشتري بعد ذلك.

---

[١] قولُه: (فإنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيعِ الطَّعامِ)، ولأنَّه يحتملُ أن يزيدَ على المشروط، وهو للبائع، والتَّصرُّفُ في مال الغيرِ حرامٌ، بخلاف المجازفة؛ لأنَّ الزَّائدَ للمشتري فيها، وإنَّما صرَّحَ في هذه المسألةِ وما قبلها بالشِّراء، حيثُ قال في الأولى: «ولم يجُزْ بيعُ مُشترًى»، وفي الثَّانية: «ومَن شَرى كيليًّا»؛ لأنَّه لو ملكَ كيليًّا أو وزنيًّا، بهبةٍ أو وصيَّةٍ: جازَ للمالك أن يتصرَّفَ فيه قبل القبض، وقبل الكيل، كذا في «النِّهاية»[5].

---

(١) في (ش٢) و(ش٣): «ولا».

(٢) أخرجه ابن ماجه في «سننه»: (٢٢٢٨) والدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٢٨١٩) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٣) في (ش١): «كال البائع»، وفي (ش٣) و(ش٤): «كان».

(٤) في (م٢): «وكفى».

(٥) «النِّهاية شرح الهداية»: (٦/ ٥٧٩).

ومحملُ الحديثِ المذكورِ: ما إذا اجتمعَ الصَّفقتانِ[١] بشرط الكيلِ على ما سيأتي في باب السَّلم، وهو ما إذا أسلم في كُرِّ [بُرٍّ](١)، فلمَّا حلَّ الأجلُ: اشترى المسلَمُ إليه من رجلٍ كُرًّا، أو أمرَ ربَّ السَّلمِ أن يُقبضَه له، ثمَّ قبضَه لنفسه، فاكتالَه له، ثمَّ اكتالَه لنفسه: جاز[٢].

(وكذا ما يوزَنُ أو يُعَدُّ) أي: لا يبيعُه ولا يأكلُه حتَّى يزِنَه[٣] أو يعُدَّه ثانيًا، ويكفي إن وزنَه أو عدَّه بعدَ البيع بحضرة المشتري.

---

[١] قولُه: (إذا اجتمعَ الصَّفقتانِ) قال في «الكافي»(٢): ((إحداهما: شراءُ المسلَمِ إليه، والأخرى: قبضُ ربِّ السَّلَمِ لنفسه، وهو كالبيعِ الجديد)).

[٢] قولُه: (جاز) وأمَّا إذا اشترى وأمرَ ربَّ السَّلَمِ بقبضه: لم يكن قضاءً؛ لأنَّه اجتمعَتِ الصَّفقتانِ بشرط الكيل، فلا بدَّ منَ الكيل مرَّتَين.

[٣] قولُه: (حتَّى يزِنَه) هذا إذا كان الموزونُ غيرَ الدَّراهمِ والدَّنانير، وأمَّا هما: فيجوزُ التَّصرُّفُ فيهما بعد القبض قبل الوزن، يُفصحُ عنه قولُ صاحبِ «المحيط»(٣): ((لو كان المكيلُ والموزونُ ثمنًا: يجوزُ التَّصرُّفُ فيه قبل الكيل والوزن؛ لأنَّهما من تمام القبض، ويجوزُ التَّصرُّفُ في الثَّمن قبل القبض، فلَأنْ يجوزَ قبل تمامه: أَولى))، كذا نقلَه الزَّيلعيُّ(٤).

---

(١) ما بين معكوفين مثبت من النسخة المطبوعة.
(٢) «الكافي»: (٦/ ٤١٢).
(٣) «المحيط البرهانيُّ»: (٦/ ٤١٧) بتصرُّفٍ.
(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٨٢). وقوله: «كذا نقله الزَّيلعيُّ»: سقطت من جميع النُّسخ، وكتبت على هامش (ح٤)، وكتب بعدها: «صحَّ»، والنَّقل منه.

(لا ما يُذرَعُ) أي: لا يُشترَطُ ما ذُكِرَ في المذرُوعات[١].

(وصَحَّ التَّصرُّفُ في الثَّمَنِ قبلَ قَبضِهِ) مثلَ أن يأخُذَ البائعُ مِنَ المشتري عِوضَ الثَّمنِ ثوبًا (والحَطُّ عنه والمَزيدُ فيه حالَ قيامِ المَبيعِ لا بعدَ هَلاكِهِ) قولُه: «حالَ قيامِ المبيعِ» يتعلَّقُ بـ «المزيدُ فيه»، فإنَّ الزيادةَ على الثَّمن لا تصحُّ[٢] بعدَ هلاك المبيع، لكنَّ الحطَّ يصحُّ عنه(١).

(وفي المَبيعِ) أي: تصحُّ الزيادةُ في المبيع[٣] (ويَتعَلَّقُ استِحقاقُهُ بالجَميعِ)

---

[١] **قولُه**: (أي: لا يُشترَطُ ذلك في المذرُوعات) أي: لا يحرُمُ التَّصرُّفُ في المبيع المذروعِ بعد القبض قبل الذَّرع وإنِ اشتراه بشرط الذَّرع؛ لأنَّ الذَّرعَ وصفٌ له، وليس بقَدْرٍ، فيكونُ كلُّه للمشتري بلا اعتبارِ زيادةٍ ولا نقصانٍ إن وجدَه زائدًا أو ناقصًا، هذا إذا لم يُسمِّ لكلِّ ذراعٍ ثمنًا، وإن سمَّى: فلا يحلُّ له التَّصرُّفُ فيه حتَّى يُذرَعَ، وقد مرَّ تمامُ البيانِ فيه في أوَّل كتابِ البيوع(٢).

[٢] **قولُه**: (فإنَّ الزِّيادةَ على الثَّمنِ لا تصحُّ)؛ لأنَّها تُغيِّرُ العقد من وصفٍ إلى وصفٍ، فيستدعي قيامَه، وقيامُه بقيام المعقودِ عليه، ورُوِيَ عنِ الأعظم صحَّتُها بعد هلاك المَبيع بناءً على جعلِ المعقودِ عليه قائمًا تقديرًا، كما جُعِلَ قائمًا إذا اطَّلعَ المشتري على عيبٍ كان قبل الهلاك، حيثُ يرجعُ بنقصان العيب، وهذا لأنَّ قيامَ العقدِ بالعاقدَينِ لا بالمحلِّ.

[٣] **قولُه**: (أي: صحَّ الزِّيادةُ في المبيع)؛ لأنَّها تثبتُ في مقابَلةِ الثَّمن، فهو قائمٌ، ويكونُ لها حصَّةٌ منَ الثَّمن، حتَّى لو هلكَت قبل القبض: سقطَ بحصَّتها شيءٌ منَ الثَّمن.

---

(١) «عنه»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤) و(ش٥).

(٢) ينظر: (٤/ ٢٠).

يُمكنُ أن يُرادَ به أنَّ البائعَ يكونُ مستحِقًّا بجميع الثَّمنِ مِنَ الزَّائد(1) والمزيدِ عليه، والمشتريَ يستحِقُّ جميعَ المبيعِ مِنَ الزَّائد والمزيدِ عليه، ويُمكنُ أن يُرادَ به أنَّه إذا استحقَّ مستحِقٌّ المبيعَ والثَّمن: فالاستحقاقُ يتعلَّقُ بجميع ما يُقابلُه مِنَ المزيد والمزيدِ عليه، فلا يكونُ الزَّائدُ صلةً مبتدَأةً، كما هو مذهبُ زفرَ والشَّافعيِّ(2) (ويُرابِحُ(3) ويوَلِّي على الكُلِّ إن زيدَ، وعلى ما بَقِيَ إن حُطَّ) فإنَّ الزِّيادةَ والحطَّ التحقا بأصل العقد.

(والشَّفيعُ يَأخُذُ بالأقَلِّ في الفَصلَينِ) أي: في الزِّيادة على الثَّمن والحطِّ عنه.

أمَّا في الحطِّ؛ فلأنَّه التحقَ بأصل العقد.

وأمَّا في الزِّيادة[1]؛ فلأنَّ حقَّه تعلَّقَ بالثَّمن الأوَّل، فلا يملِكُ الغيرُ إبطالَ حقِّه الثَّابت.

(فلو قال: «بِعْ[2] عَبدَكَ مِن زَيدٍ بألفٍ على أنِّي ضامِنٌ كذا مِنَ الثَّمَنِ سوى

---

[1] **قولُه**: (وأمَّا في الزِّيادة... إلخ) يعني: أنَّ مقتضى الظَّاهرِ أن يأخذَ الشَّفيعُ بالزِّيادة؛ لأنَّها أيضًا ملحَقةٌ بالأصل كما مرَّ، وإنَّما لم يكنْ كذلك؛ لأنَّ حقَّه تعلَّقَ بالعقد الأوَّل، وفي الزِّيادة إبطالٌ له، وليس لهما ولايةٌ على إبطال حقِّ الغيرِ بتراضيهما.

[2] **قولُه**: (فلو قال: بعْ... إلخ) هذه من تفاريع زيادةِ الثَّمن، وفيه فائدةُ جوازِها مِنَ الأجنبيِّ أيضًا.

---

(1) في (ش2) و(ش3): «المزيد».
(2) ينظر: «المجموع»: (13/ 5).
(3) في (م2): «فيُرابح».

الألفِ»: أَخذَ الألفَ(١) مِن زَيدٍ والزِّيادَةَ منه(٢)، ولو لم يَقُل: «منَ الثَّمَنِ»: فالألفُ على زَيدٍ، ولا شَيءَ عليهِ(٣).

(وكُلُّ دَينٍ أُجِّلَ إلى أجَلٍ مَعلومٍ: صَحَّ[١] إلَّا القَرَضَ[٢]) فإنَّه بيعُ الدَّراهمِ بالدَّراهم نسيئةً، فلا يجوز؛ لأنَّه يصيرُ رِبًا[٣]؛ لأنَّ النَّقدَ خيرٌ مِنَ النَّسيئة.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (إلى أجلٍ مَعلوم: صَحَّ) وكذا إذا كانتِ الجهالةُ يسيرةً؛ كالحصادِ والدِّياس، وأمَّا إذا كانت فاحشةً؛ كهبوبِ الرِّيحِ مثلاً: فلا يصحُّ قطعًا.

[٢] قولُه: (إلَّا القَرَضَ) منقوضٌ بما إذا أوصى بأن يُقرَضَ من ماله ألفُ درهمٍ فلانًا إلى سنةٍ، فإنَّه قرضٌ مؤجَّلٌ، وأجَلُه لازمٌ حيثُ يلزمُ من ثلاثةٍ أن يُقرِضوه ولا يُطالِبوه قبل المدَّة، وجوابُه أنَّ ذلك من باب الوصيَّةِ بالتَّبرُّع كالوصيَّةِ بالخدمة والسُّكنى في كونِهما وصيَّةً بالتَّبرُّع بالمنافع، ويلزمُ في الوصيَّةِ ما لا يلزمُ في غيرها، ألا يُرى أنَّه لو أوصى بثمرة بستانِه لفلانٍ: صحَّ ولـزِمَ وإن كانت معدومةً وقتَ الوصيَّة، كذا في «العناية»(٤).

[٣] قولُه: (فإنَّه يصيرُ رِبًا)؛ لأنَّ الجنسَ بانفراده يُحرِّمُ النَّساء، لا سيَّما إذا كمَلَتِ العلَّةُ وحرُمَ التَّفاضلُ بها، ولأنَّ القرضَ في الابتداء صلةٌ وإعارةٌ، فهو بهذا الاعتبارِ منَ التَّبرُّعات، حتَّى يصحُّ بلفظ الإعارة، ولا يملكُه مَن لا يملكُ التَّبرُّع؛ كالوصيِّ والصَّبيِّ، فلا يلزمُ التَّأجيلُ فيه كما في الإعارة؛ إذ لا جبرَ في التَّبرُّعات؛ لقولِه تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١]، ومعاوضةٌ في الانتهاء، وعلى اعتبار الانتهاءِ ينبغي أن يفسُدَ القرض، لكن دعا الشَّرعُ إليه، وأجمعَ الأمَّةُ على جوازه، فاعتمَدْنا على الابتداء، وقلنا بجوازه بلا لزومٍ.

(١) قوله: «سوى الألف أخذ الألف» في (ش١): «سوى ألف أخذ ألف».
(٢) أي: من الكفيل.
(٣) أي: على الضَّامن.
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٦/ ٥٢٤).

بابُ الرِّبا

(هو فَضلٌ خالٍ عن عِوَضٍ شُرِطَ لأحَدِ العاقِدَينِ في المُعاوَضَةِ) أي: فضلُ أحدِ المتجانسَينِ على الآخر بالمعيار الشَّرعيِّ؛ أي: الكيلِ والوزن، ففضلُ قفيزَي الشَّعيرِ على قَفيزِ بُرٍّ: لا يكونُ من باب الرِّبا[١]، وكذا فضلُ عشرةِ أذرُعٍ مِنَ الثَّوبِ الهَرَويِّ على خمسةِ أذرُعٍ منه: لا يكونُ من هذا الباب[٢].

وقال: «خالٍ عنِ العِوضِ»؛ احترازًا عن بيع كُرِّ بُرٍّ[٣] وكُرِّ شعيرٍ، بكُرَّي بُرٍّ

بابُ الرِّبا

وهو في اللُّغة: مطلقُ الزِّيادة(١)، مِن: رَبا المال؛ أي: زاد، ويُنسَبُ فيُقال: رِبويٌّ - بكسر الرَّاء -، ومنه الأشياءُ الرِّبويَّة، وفتحُ الرَّاءِ خطأٌ، كذا في «المُغرب»(٢).

وفي الشَّرع: هو المذكورُ في المتن، والمرادُ بالمُعاوَضة: هي الماليَّة، فلا ربا فيما إذا كان من أحد الطَّرفَينِ مالٌ، ومنَ الآخر الحماية، والعناية، والشَّفاعة، وغيرُها.

[١] **قولُه**: (لا يكونُ من بابِ الرِّبا)؛ لعدم المجانسة.

[٢] **قولُه**: (ولا يكونُ من هذا الباب)؛ لعدم المعيار.

[٣] **قولُه**: (كُرِّ بُرٍّ) **الكُرُّ** - بالضَّمِّ -: مكيالُ أهلِ العراق، وهو ستُّونَ قَفيزًا(٣)،

(١) قال الله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن رِّبٗا لِّيَرۡبُوَاْ فِيٓ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرۡبُواْ عِندَ ٱللَّهِۖ﴾ [الروم: ٣٩]، وسُمِّيَ المكان المرتفع ربوةً؛ لزيادته على سائر الأماكن ارتفاعًا، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٨٥) (مِنهُ).

(٢) «المغرب»: (ربو).

(٣) يساوي عند الحنفيَّة: (٦٤، ٢٤٢٠) ليترًا، تساوي: (٢٨٠، ٢٣٤٨) كيلو غرامًا من القمح، وعند غيرهم (٥٦، ١٩٧٨) ليترًا، تساوي: (٨٤٠، ١٥٦٣) كيلو غرامًا. «معجم لغة الفقهاء»: (ص٣٧٩). =

وكُرَّي شعيرٍ، فإنَّ للثَّاني فضلًا على الأوَّل، لكن غيرَ خالٍ عنِ العِوض؛ لصَرف الجنسِ إلى خلاف الجنس.

وقال: شُرِطَ لأحد العاقدَين؛ حتَّى لو شُرِطَ لغيرهما: لا يكونُ من باب الربا[١].

وقال: «في المعاوَضة»: حتَّى لم يكُنِ الفضلُ الخالي عنِ[٢] العوضِ الذي في الهبةِ ربًا.

(وعِلَّتُهُ: القَدرُ[1] معَ الجِنسِ) **المرادُ بالقَدر**: الكيلُ في المَكيلات، والوزنُ في المَوزونات.

وعند الشَّافعيِّ: الطَّعامُ في المطعوميَّات، والثَّمنيَّةُ في الأثمان، والجنسيَّةُ شرطٌ، والمساواةُ مخلَصٌ، والأصلُ الحُرمة[٣].

كذا في «المُغرب»[٤]، والبُرُّ - بالضَّمِّ -: الحِنطة.

[١] **قولُه**: (وعِلَّتُهُ: القَدرُ... إلخ) **فإن قيل**: الظَّاهرُ أنَّ ضميرَ «علَّتُه» راجعٌ إلى «الرِّبا»، وهو فاسدٌ؛ لأنَّ بيعَ المكيلِ والموزونِ بجنسه متماثلًا: يصحُّ معَ وجود العلَّة.

= تساوي عند الحنفيَّة: (٦٤، ٢٤٢٠) ليترًا، تساوي: (٢٨٠، ٢٣٤٨) كيلو غرامًا من القمح، وعند غيرهم (٥٦، ١٩٧٨) ليترًا، تساوي: (٨٤٠، ١٥٦٣) كيلو غرامًا. «معجم لغة الفقهاء»: (ص٣٧٩).

(١) قوله: «من باب الربا» في (ش١): «من هذا الباب»، وفي (ش٣): «من الربا».

(٢) في (ش١) و(ش٤) و(ش٥): «من».

(٣) ينظر: «مغني المحتاج»: (٢/ ٣٦٤).

(٤) «المغرب»: (كرر).

وعند مالكٍ: علَّتُه الطَّعمُ والادِّخار(١).

(فحَرُمَ بَيعُ الكَيليِّ[١] والوَزنيِّ بجِنسِهِ مُتَفاضِلًا ولو غيرَ مَطعومٍ: كالجِصِّ(٢)، والحَديدِ) الجِصُّ مِنَ المكيلات، والحديدُ مِنَ الموزونات، وفيهما خلافُ الشَّافعيِّ(٣) ومالكٍ(٤) بناءً على ما ذكَرنا مِنَ العلَّة(٥).

ذخيرة العقبى

قلنا: هما علَّةُ وجوبِ المساواة، وحرمةِ الفضل، فمعنى قولِنا: علَّةُ الرِّبا القدْرُ والجنس: علَّةُ وجوبِ المساواةِ التي يلزمُ عند فواتها الرِّبا.

[١] قولُه: (فحَرُمَ بَيعُ الكَيليِّ) ثبتَ حرمةُ الرِّبا بالكتاب، والسُّنَّة، وإجماعِ الأمَّة.

أمَّا الكتاب: فقولُه تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥](٦).

وأمَّا السُّنَّة: فما رُوِيَ عنِ ابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعنَ آكلَ الرِّبا، وموكِلَه وشاهدَيه وكاتبَه(٧).

---

(١) ينظر: «بداية المجتهد»: (٣/ ١٤٩).

(٢) الجصُّ: بفتح الجيم وكسرها: ما يُبنى به. «مختار الصِّحاح»: (ج ص ص).

(٣) ينظر: «فتح العزيز»: (٨/ ١٦٣).

(٤) ينظر: «منح الجليل»: (٥/ ٤٣).

(٥) فيجوز البيع عند الشَّافعيِّ؛ لعدم علَّة الرِّبا، وهي: الطَّعم والثَّمنيَّة، وعند مالكٍ؛ لعدم الطَّعم والادِّخار. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٠٦).

(٦) وقد ذكر الله تعالى لآكل الرِّبا خمسًا من العقوبات:
أحدها: التَّخبُّط، والثَّاني: المحق، والثَّالث: الحرب، والرَّابع: الكفر، والخامس: الخلود في النَّار. وذلك آية نهاية حرمته: ﴿لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]، ﴿فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨]، ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، كذا في «الكفاية»: (٦/ ١٤٧) (مِنهُ).

(٧) أخرجه مسلمٌ (١٥٩٨) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(وحَلَّ مُتَماثِلًا) أي: البيعُ في الأشياء المذكورة (وبلا مِعيارٍ) أي: حلَّ البيعُ مُتفاضلًا فيما لا يدخلُ في المعيار(١) (كحَفْنَةٍ[١] بحَفنتَينِ، وبَيْضَةٍ ببَيضَتَينِ، وتَمرَةٍ بتَمرَتَينِ).

وعند الشَّافعيِّ(٢): لا يحلُّ بيعُ المطعوماتِ حَفنةً بحَفنتَين بناءً(٣) على ما ذكَرنا مِنَ العلَّة، وبناءً على أنَّ الأصلَ عندنا: الحِلُّ، وعنده: الحرمة.

ذخيرة العقبى

وأجمعَتِ الأمَّةُ على تحريمه، حتَّى يكفرُ جاحدُه، كذا في «التَّبيين»(٤).

[١] قولُه: (كحَفْنَةٍ) وهي - بفتح الحاءِ المهمَلة، وسكونِ الفاء، وبالنُّون -: ملءُ الكفَّين، وإنَّما جاز ذلك؛ لأنَّ عدمَ الجوازِ بتحقّق الفضل، وتحقُّقُ الفضلِ يظهرُ بعد وجود المساواةِ، والمساواةُ بالكيل، ولا كيلَ في الحَفْنة والحَفْنتَين، فتنتفي المماثلة، فينتفي تحقُّقُ الفضل.

وما دونَ نصفِ صاعٍ: فهو في حكم الحَفنة، فلو باع خمسَ حفَناتٍ منَ الحِنطة بستِّ حفَناتٍ منها، وهما لم يبلُغا حدَّ نصفِ الصَّاع: جاز البيعُ عندنا؛ لأنَّه لا تقديرَ في الشَّرع بما دونَه، وأمَّا إذا كان أحدُ البدلَينِ يبلغُ حدَّ نصفِ الصَّاع، والآخرُ لم يبلغْه: فلا يجوز، كذا في «العناية»(٥).

(١) في (ش٤) زيادة: «أي: في الكيل».
(٢) ينظر: «المجموع»: (١٠/ ٢٣٠).
(٣) «بناءً»: سقط من (ش٣).
(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٨٥) باختصارٍ.
(٥) نقلًا من «المبسوط»: (١٢/ ١١٩)، ولفظه: ((لو باع حَفنةً بقفيزٍ: لا يجوز)) (مِنهُ). «العناية»: (٧/ ١٠).

فعندنا: ما يدخلُ في الكيل تثبتُ فيه الحرمة، وما لا يدخلُ فيه يبقى على أصله، وهو الحلُّ.

وعند الشَّافعيِّ: الأصلُ الحرمة، والمساواةُ مخلِّصٌ فيما لا يدخلُ في المسوِّي الشَّرعيِّ، وهو الكيلُ يبقى على الأصل، وهو الحرمة، وإنَّما جعلَ الحرمةَ أصلًا؛ لقوله ﷺ: «**لا تبيعوا الطَّعامَ بالطَّعام إلَّا سواءً بسواءٍ**»(١)، فما لا يكونُ مُساويًا: كان حرامًا.

قلنا: المعنى لا تبيعوا الطَّعامَ الذي يدخلُ في المسوِّي الشَّرعيِّ إلَّا سواءً بسواءٍ، كما إذا قيل: «لا تقتُلِ الحيَوانَ إلَّا بسِكِّينٍ» يكونُ المرادُ الحيَوانَ الذي يُمكنُ قتلُه بالسِّكِّين، لا القملَ والبَرغوث.

(فإن وُجِدَ الوَصفانِ(٢): حَرُمَ الفَضلُ والنَّساءُ(٣)، وإن عُدِما: حَلَّا، وإن وُجِدَ أحَدُهُما لا الآخَرُ: حَلَّ الفَضلُ لا النَّساءُ[١]؛ كسَلَمِ هَرَويٍّ في هَرَويٍّ، وبُرٍّ في شَعيرٍ) أي: إن وُجِدَ القدرُ والجنسُ: حرُمَ الفضل؛ كقَفيز بُرٍّ بقفيزَينِ منه، والنَّساءُ وإن كان معَ التَّساوي؛ كقَفيزِ بُرٍّ بقَفيز بُرٍّ، أحدُهما أو كلاهما نسيئةٌ.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (حلَّ الفَضلُ لا النَّساءُ) إلَّا إذا أسلَمَ النُّقودَ في الزَّعفران ونحوِه: يجوزُ وإن جمعَهما الوزن؛ لأنَّهما لا يتَّفقانِ في صفة الوزن، فإنَّ الزَّعفرانَ يوزَنُ بالأمْناء، وهو مثمَّنٌ يتعيَّنُ بالتَّعيين، والنُّقودُ توزَنُ بالسَّنَجات(٤)، وهو ثمنٌ لا يتعيَّنُ بالتَّعيين.

---

(١) أخرجه مسلم: (١٥٩٢) من حديث معمر بن عبد الله بلفظ: «الطَّعام بالطَّعام مثلًا بمثلٍ».

(٢) وهما: القدر والجنس.

(٣) النَّساء: التَّأخير. «المغرب»: (ن س أ).

(٤) وهي - بالتَّحريك -: جمع سنْجةٍ - بالتَّسكين -، معرَّب: سنك تراز، وقيل: بالصَّاد، ولكنَّ السِّين أفصح (مِنهُ).

وإن عُدِمَ كلٌّ منهما: حلَّ كلُّ واحدٍ مِنَ الفضل والنَّساء.

وإن وُجِدَ أحدُهما لا الآخَر: حلَّ الفضلُ لا النَّساء، كما إذا باع قَفيزَ حنطةٍ بقفيزَي شعيرٍ يدًا بيدٍ: حلَّ، فإنَّ أحدَ جزأَيِ العلَّةِ وهو الكيليُّ: موجودٌ ههنا، لا الجزءَ الآخَر، وهو الجنسيَّة.

وإن بيعَ خمسةُ أذرُعٍ مِنَ الثَّوبِ الهرويِّ بستَّة أذرُعٍ يدًا بيدٍ: حلَّ أيضًا؛ لأنَّ الجنسيَّةَ موجودةٌ دونَ القدر.

ولا يجوزُ النَّسيئةُ في الصُّورتَينِ[١] معَ التَّساوي أو لا معَه؛ وذلك لأنَّ جزءَ العلَّةِ[٢] وإن كان لا يوجِبُ الحكم، لكنَّه يورِثُ الشُّبهة، والشُّبهةُ في باب الرِّبا ملحَقةٌ بالحقيقة، لكنَّها أدوَنُ[٣] مِنَ الحقيقة، ....

---

[١] **قولُه**: (في الصُّورتَينِ) مثلَ أن يُسلمَ هَرويًّا في هَرويٍّ، أو حنطةً في شعيرٍ، فحرمةُ الفضلِ بالوصفَين، وحرمةُ النَّساءِ بأحدهما، حتَّى لو باع عبدًا بعبدٍ إلى أجلٍ: لا يجوز؛ لوجود الجنسيَّة.

[٢] **قولُه**: (وذلك لأنَّ جزءَ العلَّةِ... إلخ) إشارةٌ إلى السُّؤال والجوابِ اللَّذَينِ ذكروهما بقولهم:

لا يُقال: أحدُهما جزءُ العلَّة، وبه لا يثبتُ الحكمُ ولا شيءٌ منه، فكيف تثبتُ بأحدهما حرمةُ النَّساء.

لأنَّا نقول: أحدُهما علَّةٌ تامَّةٌ لهذا الحكم - وهو حرمةُ النَّساءِ - وإن كان بعضَ العلَّةِ في حقِّ الرِّبا الفضلِ حقيقةً.

[٣] **قولُه**: (لكنَّها أدوَنُ) منَ الدُّون، وهو نقيضُ فوق.

فلا بدَّ منَ اعتبارِ الطَّرفين[١]، ففي النَّسيئة: أحدُ البدلَين معدومٌ، وبيعُ المعدومِ غيرُ جائزٍ، فصار هذا المعنى مرجِّحًا لتلك الشُّبهة، فلا يحلُّ، وفي غير النَّسيئةِ لم تُعتبرِ الشُّبهة؛ لما قلنا: إنَّ الشُّبهةَ أدونُ مِنَ الحقيقة، على أنَّ الخبرَ المشهور، وهو قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إذا اختلفَ النَّوعانِ: فبيعوا كيفَ شئتُم بعد أن يكونَ يدًا بيدٍ**»(١): يؤيِّدُ ما قلنا.

وعند الشَّافعيِّ: الجنسُ بانفراده لا يُحرِّمُ النَّساء(٢)[٢].

[١] **قولُه**: (فلا بدَّ من اعتبارِ الطَّرفَين... إلخ) وأوضحُ منه ما يُقال: إنَّ اجتماعَهما حقيقةُ العلَّة، فيكونُ لأحدهما شبهةُ العلَّة، فيحرمُ بحقيقة العلَّةِ حقيقةُ الفضل، وهو القدْر؛ لأنَّه تفاضلٌ حقيقةً، ويحرمُ بشبهة العلَّةِ شبهةُ الفضل، وهو النَّساء؛ لأنَّه يُشبهُ الفضل، وليس بتفاضلٍ حقيقةً؛ إعمالًا للدَّليل بقدْره، كذا في «التَّبيين»(٣).

[٢] **قولُه**: (لا يُحرِّمُ النَّساء)؛ لأنَّ بالنَّقديَّة وعدمِها لا تثبتُ إلَّا شبهةُ الفضل، وحقيقةُ الفضلِ غيرُ مانعٍ منَ الجواز في الجنس، حتَّى جاز بيعُ الهَرويِّ بالهَرويَّين، والعبدِ بالعبدَين، فالشُّبهةُ أَولى.

قيل: ليس في تخصيص الجنسِ بالذِّكر في عدم تحريمِ النَّساءِ زيادةُ فائدةٍ، فإنَّ القدْرَ عنده كذلك، فإنَّه يجوزُ إسلامُ الموزوناتِ في الموزونات؛ كالحديدِ والرَّصاص.

ويُمكنُ أن يُقال: إنَّما خصَّه بالذِّكر؛ لأنَّ الحكمَ - وهو حرمةُ النَّساءِ - إنَّما لم يوجَدْ عنده في صورة الجنس، وأمَّا في صورة القدْر: فقد يوجَد، فإنَّه لم يُجوِّزْ بيعَ

(١) أخرجه مسلم: (١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصَّامت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٣/ ٤٢٤).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٨٨).

(والشَّعيرُ، والبُرُّ، والتَّمرُ، والمِلحُ: كَيليٌّ، والذَّهَبُ، والفِضَّةُ: وَزنيٌّ أبَدًا وإن تُرِكا فيها) أي: وإن تُرِكَ الكيلُ في الأربعة[١] المتقدِّمة، والوزنُ في الآخَرين؛ لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الحِنطةُ بالحِنطة...**»(١) الحديث.

(ويُحمَلُ في غيرِها(٢) على العُرفِ، فلم يَجُز بَيعُ البُرِّ بالبُرِّ مُتَساويًا(٣) وَزنًا، والذَّهَبِ بجِنسِه مُتَماثِلاً(٤) كَيلًا، كما لم يَجُزْ مُجازَفَةً).

الذَّهبِ بالفضَّة نسيئةً، وكذا بيعُ الحِنطةِ بالشَّعير وإن كان علَّةُ ذلك عنده غيرَ القدْر، وهو أنَّ التَّقابضَ شرطٌ في الصَّرف وبيعِ الطَّعام عنده، كذا في «الأكمليَّة»(٥).

[١] **قولُه**: (وإن تُرِكَ الكيلُ في الأربعة... إلخ) يعني: لو جرى العرفُ بوزن الحِنطة، وكَيلِ الذَّهب: لم يجزْ؛ لتوهُّم الفضلِ على ما هو المعيارُ فيه في عهده؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الحِنطةُ بالحِنطة...**» الحديثَ(٦)، وذلك لأنَّ إطاعةَ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واجبةٌ علينا، ولأنَّ النَّصَّ أقوى منَ العرف؛ لأنَّه يحتملُ أن يكونَ على الباطل؛ كتعارفِ أهلِ زمانِنا بإخراج الشُّموعِ إلى المقابر في ليالي أيَّامِ العيد، وأمَّا النَّصُّ بعد ثبوته: فلا يحتملُ أن يكونَ على الباطل، والأقوى لا يُترَكُ بالأدنى، ولأنَّ العرفَ حُجَّةٌ على الذين تعارفوا فيه، لا على غيرهم، وأمَّا النَّصُّ: فحُجَّةٌ على الكلِّ(٧).

---

(١) أخرجه بهذا اللَّفظ أحمد في «مسنده»: (٧١٧١) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) أي: ما لا نصَّ في كونه كيليًّا أو وزنيًّا. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢١١).

(٣) في (ش١) و(ش٣): «مساوياً».

(٤) في هامش (ش١): «مساوياً»، وفي (ش٢) و(ش٤) وهامش (ش٣) «متساوياً»، وفي هامش (ش٢): «متماثلاً».

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١١).

(٦) أخرجه مسلمٌ (١٥٨٨) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٧) وعن أبي يوسف: اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضًا؛ لأنَّ النَّصَّ على الكيل =

(واعتُبِرَ تَعيينُ الرِّبَويِّ[١] في غيرِ صَرفٍ بلا شَرطِ التَّقابُضِ) المعتبرُ في بيع أموالِ الرِّبويَّةِ: أن يكونَ المبيعُ معيَّنًا، حتَّى لو لم يكُن معيَّنًا[٢]: كان سلَمًا، فلا بدَّ فيه من شرائطَ، وإذا[٣] لم توجَد[٤] شرائطُ السَّلمِ: كان العقدُ بيعًا غيرَ سلَمٍ، فلا بدَّ مِنَ التَّعيين، فلا يُشترَطُ التَّقابضُ في المجلس إن لم يكن صَرفًا، حتَّى لو كان[٥]: يُشترَط.

وعند الشَّافعيِّ: يُشترَطُ التَّقابضُ في المجلس في بيع الطَّعام[٦]، سواءٌ بيعَ بجنسه، أو بخلاف جنسِه، هذا في الأموال الرِّبويَّة.

أمَّا في غيرها إن لم يكن معيَّنًا: فإن كان ممَّا يجري فيه السَّلم: فإن[٧] وُجِدَ [فيه] شرائطُ السَّلم: يصحُّ بطريق السَّلم، وإن لم توجَد: يفسدُ البيع، وإن لم يجرِ فيه السَّلم: يفسدُ البيع؛ لعدم التَّعيين.

ذخيرة العقبى

....

= في المكيل، والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنَّما كان للعادة فيه، فكان المنظور إليه هو العادة في ذلك الوقت، وقد تبدَّلت، فيجب أن يثبت الحكم على وِفاق ذلك، وعلى ذلك لو باع حنطةً بجنسها متساويًا وزنًا، أو ذهبًا بجنسه متماثلًا كيلًا: جاز عنده إذا تعارفوا ذلك، ولا يجوز عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ وإن تعارفوه؛ لتوهُّم الفضل على ما هو المعيار فيه كالمجازفة، والجواب عن قوله: «قد تبدَّلت» أنَّ تقرير رسول الله إيَّاهم على ما تعارفوا في ذلك الوقت بمنزلة النَّصِّ منه، فلا يتغيَّر بالعرف؛ لأنَّه لا يُعارض النَّصَّ، كذا في «المعراجيَّة»: (٦/ ٣٠)، و«الكفاية»: (٦/ ١٥٧)، و«العناية»: (٧/ ١٥) (مِنهُ).

(١) في (ش١): «الربا».

(٢) في (ش٤) زيادة: «حتى».

(٣) في (ش٢) و(ش٤): «وإن».

(٤) في (ش١) زيادة: «من».

(٥) في (ش٣) و(ش٥) زيادة: «صرفًا».

(٦) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٢/ ٤١٣).

(٧) في (ش٢) و(ش٤): «فإذا».

(وجازَ بَيعُ الفَلسِ بالفَلسَينِ بأعيانِهِما) خلافًا لمحمَّدٍ.

له: أنَّ الفلوسَ[١] أثمانٌ، فلا تتعيَّنُ بالتَّعيين، فصار كما إذا كان بغير أعيانِهما، وكبيع الدِّرهمِ بالدِّرهمَين.

ولهما: أنَّ ثمنيَّتَها بالاصطلاح[٢]، واصطلاحُ الغيرِ لا يكونُ حُجَّةً على المتعاقدَين، وهما أبطلا ثمنيَّتَها؛ لأنَّهما قصَدا تصحيحَ العقد، ولا وجهَ له إلَّا بتعيُّنها وخروجِها عنِ الثَّمنيَّة؛ لأنَّها إذا خرجَت عنِ الثَّمنيَّة: تكونُ أعيانًا مطلوبةً لا ماليَّتَها، فيُمكنُ أن يُعطيَ فَلسَينِ ويأخذَ فَلسًا؛ طلبًا لصورته.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (له: أنَّ الفلوسَ(١)) توضيحُه أنَّ الثَّمنيَّةَ في الفلوس تثبتُ باصطلاح النَّاسِ جميعًا، فلا ينتقضُ ذلك باصطلاح المتعاقدَين؛ لأنَّه نسخٌ للإجماع بالآحاد، فلا يجوز، وإذا بقيَت ثمنًا: لم يتعيَّنْ بالتَّعيين، ألا يُرى أنَّه إذا قوبِلَ بغير جنسِه: لم يتعيَّنْ، كما إذا اشترى فاكهةً بفلوسٍ؟ كذا في «البيانيَّة»(٢).

[٢] **قولُه**: (أنَّ ثمنيَّتَها بالاصطلاح) يعني: أنَّ الأصلَ في الفَلْس أن يكونَ مثمَّنًا؛ لأنَّه نُحاسٌ، والثَّمنيَّةُ في حقِّهما باعتبار أنَّهما اصطلحا على ذلك، لا باعتبار اصطلاحِ النَّاس؛ لعدم ولايتِهم عليهما، فكان(٣) لهما أن ينقُضا ذلك الاصطلاحَ باصطلاحِ آخر، فعاد مثمَّنًا كما كان، وهذا معنى قولِ الشَّارح: «وهما - أي: المتعاقدانِ - أبطلا ثمنيَّتَها... إلخ».

---

(١) جمع كثرةٍ لفَلْسٍ - بفتح الفاء وسكون اللَّام -، ومنه: أفلس الرَّجل: صار مفلسًا، كأنَّها صارت دراهمه فلوسًا وزيوفًا، كذا في «الصِّحاح»: (فلس) (مِنهُ).

(٢) «غاية البيان»: (١٠/ ٢٨٥).

(٣) أي: إذا ثبت الثَّمنيَّة في حقِّهما باصطلاحهما (مِنهُ).

(واللَّحمِ بالحَيَوانِ) خلافًا لمحمَّدٍ، فإنَّ عنده: إذا بيعَ الحيَوانُ بلحم حيَوانٍ من جنسه: لا يجوزُ البيعُ[١] إلّا إذا كان اللَّحمُ أكثرَ من لحم ذلك الحيَوان؛ ليكونَ الزَّائدُ في مقابَلة السَّقَط[٢].

وعندهما: يجوزُ مطلقًا؛ لأنَّه بيعُ الموزونِ بما ليس بموزونٍ[٣].

ذخيرة العقبى

فإن قيل: إذا خرج في حقِّهما عن أن يكونَ ثمنًا: عاد وزنيًّا، فكان هذا بيعَ قطعةِ صُفرٍ بقطعتَي صُفرٍ، فلم يجز، فلم يكن في إبطال وصفِ الثَّمنيَّةِ تصحيحُ هذا العقد.

أُجيب: بأنَّ الاصطلاحَ في الفلوس كان على صفة الثَّمنيَّةِ والعدِّ، وهما في هذه المبايعةِ أعرَضا عنِ اعتبار صفةِ الثَّمنيَّة، وما أعرَضا عنِ اعتبار صفةِ العدِّ(١).

وأمَّا جوابُ قولِ الرَّبَّانيِّ كما إذا كانا بغير أعيانِهما: فإنَّ عدمَ الجوازِ هناك بناءً على أنَّه بيعُ النَّسيئةِ بالنَّسيئة، وما نحن فيه ليس كذلك، وجوابُ قولِه: وكبيعِ الدِّرهمِ بالدرهَمَين: أنَّ الدَّراهمَ بالثَّمنيَّة خِلقةً، فلا يبطلُ باصطلاحهما.

[١] **قولُه**: (لا يجوزُ البيعُ)؛ لتحقُّق الرِّبا من حيثُ زيادةُ السَّقَطِ أوِ اللَّحم.

[٢] **قولُه**: (في مقابَلةِ السَّقَط) وهو - بفتحتَي السِّينِ والقافِ -: رذالةُ كلِّ متاع، والمرادُ به ههنا: ما لا يُطلَقُ عليه اسمُ اللَّحم؛ كالجلد، والكَرِش، والأمعاء، والطِّحال.

[٣] **قولُه**: (بما ليس بموزونٍ)؛ لأنَّ الحيوانَ لا يوزَنُ عادةً، ولا يُمكنُ معرفةُ ثقلِه بالوزن؛ لأنَّه يُخفِّفُ نفسَه تارةً؛ لصلابته، ويُثقِلُ أخرى؛ لاسترخاء مفاصلِه.

---

(١) وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنًا في حقِّهما: خروجها من أن تكون عدديَّةً كالجوز والبيض، فهو عدديٌّ، وليس بثمنٍ، فهذا باتِّفاقهما يصير بهذه الصِّفة، كذا في «الكفاية»: (٦/ ١٦٢) (مِنهُ).

(والدَّقيقِ بجِنسِهِ[١] كَيلًا، والرُّطَبِ بالرُّطَبِ وبالتَّمرِ) هذا[٢] عند أبي حنيفة. وعندهما وعند الشَّافعيِّ: لا يجوزُ إن نقصَ الرُّطَبُ بالجفاف(١).

(والعِنَبِ(٢) بالزَّبيبِ، والبُرِّ رَطبًا أو مَبلولًا بمِثلِهِ أو باليابِسِ، والتَّمرِ والزَّبيبِ المُنقَعِ[٣] بالمُنقَعِ منهُما مُتَساويًا) ....

---

[١] **قولُه**: (والدَّقيقِ بجِنسِهِ)، وإنَّما تعرَّضَ به معَ امتناعِ شيءٍ لا يجوزُ فيه البيعُ حالًا متساويًا من حيثُ الكيلُ أوِ الوزن؛ ردًّا لقول الشَّافعيِّ(٣): لا يجوزُ هذا؛ لأنَّه لا اعتدالَ في دخوله تحتَ الكيل؛ إذ هو منكبِسٌ، ولهذا لا يجوزُ بيعُ الباقِلَاءِ بالباقِلَاء عنده، وكذا بيعُ الرُّطبِ بالرُّطب يجوزُ متماثلًا من حيثُ الكيلُ عند أئمَّتِنا الثَّلاثِ خلافًا للشَّافعيِّ؛ لأنَّه رِبويٌّ يتفاوتُ في اعتدال الأحوال؛ أعني: عند الجفاف.

قلنا: قيامُ المجانسةِ بينَهما من كلِّ وجهٍ بالاتِّفاق ظاهرٌ، وأمَّا بيانُ الاتِّفاقِ في القدْر أنَّ النَّاسَ اعتادوا بيعَهما كيلًا، ولهذا جاز السَّلَمُ كيلًا، كذا في «الكفاية»(٤).

[٢] **قولُه**: (هذا) إشارةٌ إلى قوله: «وبالتَّمر» فقط كما لا يخفى.

[٣] **قولُه**: (أو الزَّبيبِ المُنْقَع) وهو - بفتح القافِ مخفَّفًا لا غيرُ - مِن: أنقعَ الزَّبيبَ في الخابية(٥) ينقعُه؛ إذا ألقاه فيها ليبتلَّ، ويخرجَ منه الحلاوة، واسمُ الشَّراب: نقيعٌ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»: (٢/ ٢٦).

(٢) أي: جاز بيع العنب...إلخ.

(٣) يُنظَر: «الأمُّ»: (٤/ ١٧)، و«العزيز شرح الوجيز»: (٤/ ١٧٢).

(٤) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١٦٤).

(٥) وهي بالفارسيِّ: جب وخم، وبالتُّركيِّ: كوب (مِنهُ).

والدَّليلُ في جميعِ ذلك[١]: أنَّه إن(١) كان بيعُ الجنسِ بالجنس بلا اختلافِ الصِّفةِ: يجوزُ متساويًا، وكذا معَ اختلافِ الصِّفة؛ لقوله ﷺ: «**جيِّدُها ورديُّها سواءٌ**»(٢)، وإن لم يكن بيعُ الجنسِ بالجنس: يجوزُ كيفما كان؛ لقوله ﷺ: «**إذا اختلفَ النَّوعانِ: فبيعوا كيفَ شئتُم**»(٣).

(ولَحمِ حَيَوانٍ بلَحمِ حَيَوانٍ آخَرَ[٢] مُتَفاضِلًا، ....

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (والدَّليلُ في جميعِ ذلك) هذا عند الأعظم في الكلِّ، وكذا عند الثَّاني إلَّا في مسألة بيعِ الرُّطبِ بالتَّمر؛ لقوله ﷺ: «**لا إذًا**(٤)»(٥)، وعند الرَّبَّانيِّ: لا يجوزُ إلَّا في مسألة الدَّقيقَينِ والرَّطبَين، وقد مرَّ منَّا وجهُ تجويزِه فيهما.

وأمَّا(٦) وجهُ عدم تجويزِه فيما عداهما: فإنَّه يعتبرُ المساواةَ في أعدل الأحوال، وهو المآل، وخلاصةُ الفرقِ له بينَ الرَّطبَينِ وبينَ ما سواهما: أنَّ التَّفاوتَ إذا ظهر معَ بقاءِ البدلَينِ أو أحدِهما على الاسم الذي عُقِدَ عليه العقد: فهو مفسدٌ؛ لكونه في المعقود عليه، وإذا ظهر بعد زوال الاسمِ الذي عُقِدَ عليه العقدُ عنِ البدلَين: فليس بمفسدٍ؛ إذ لم يكن تفاوتًا في المعقود عليه، فلا يكونُ معتبَرًا.

[٢] **قولُه**: (بلَحمِ حَيَوانٍ آخَرَ(٧)) أي: مخالفٍ له في الجنس، كلُّ ما لا يكملُ به

---

(١) في أغلب النُّسخ: «إذا». (٢) قال الزَّيلعيُّ: غريبٌ. «نصب الرَّاية»: (٤/ ٣٧).

(٣) أخرجه مسلم: (١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصَّامت رضي الله عنه.

(٤) يعني: لمَّا سئل عن بيع الرُّطب بالتَّمر وقال: «**أينقص إذا جفَّ؟**» فقيل: نعم، فقال: «**لا إذًا**»؛ يعني: لا يجوز على تقدير النُّقصان بالجفاف، وفيه إشارةٌ إلى أنَّه تُشترَط المماثلة في أعدل الأحوال، وهو ما بعد الجفاف، وبالكيل في الحال لا يُعلَم ذلك، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٧) (مِنهُ).

(٥) رواه مالكٌ في «الموطَّأ»: (٧٦٤) من حديث سعد بن أبي وقَّاصٍ رضي الله عنه.

(٦) هذا دليل الأعظم عقلًا (مِنهُ).

(٧) وفي بيع اللَّحم بالحيوان اختلاف الجنس أيضًا، وإنَّ اللَّحم غير حسَّاسٍ، والحيوان حسَّاسٌ =

وكذا اللَّبَنُ(١)، وكذا خَلُّ الدَّقَلِ[١] بخَلِّ العِنَبِ، وشَحمِ البَطنِ بالأليَةِ[٢] أو باللَّحمِ، والخُبزِ بالبُرِّ والدَّقيقِ(٢) وإن كانَ أحَدُهما نَسيئَةً، وبهِ يُفتى) وإنَّما يجوزُ الخبزُ بالبُرِّ؛ لأنَّ الخبزَ صار عدديًّا[٣]، هذا إذا كانا نقدَين.

نصابُ الآخرِ منَ الحيوان في الزَّكاة: يوصَفُ باختلاف الجنس؛ كالبقر، والغنم، والإبل، فيجوزُ متفاضلًا، وما لا يكونُ كذلك؛ كالبقر، والجواميس، والمعز، والضَّأن: يوصَفُ باتِّحاده، فلا يجوز.

لا يُقال: إنَّه منقوضٌ بالطُّيور، فإنَّ بيعَ لحمِ بعضِها ببعضٍ متفاضلًا: يجوزُ معَ اتِّحادِ الجنس؛ لأنَّ باعتبار أنَّه لا يوزَنُ عادةً، فليس بوزنيٍّ ولا كيليٍّ، فلم يتناوله القدْرُ الشَّرعيُّ، فيجوزُ متفاضلًا.

[١] قولُه: (وكذا خَلُّ الدَّقَلِ) وهو - بفتحتَيِ الدَّالِ المهمَلةِ والقاف -: أردأُ التَّمر، هذا من قبيل إجراءِ الكلامِ على مجرى العادة، فإنَّهم يجعلونَ الخلَّ منَ الدَّقَل غالبًا، وإلَّا: فحكمُ سائرِ التُّمورِ كذلك.

[٢] قولُه: (بالأليَةِ) وهي بالفارسيَّة: دنبه.

[٣] قولُه: (صارَ عدديًّا) أو موزونًا، فخرج عن كونه مكيلًا من كلِّ وجهٍ، والحِنطةُ مكيلةٌ، فاختلفَ الجنسانِ وجاز التَّفاضل(٣)، وعليه الفتوى.

= متحرِّكٌ بالإرادة، والبيع فيه جائزٌ متفاضلًا بعد أن يكون يدًا بيدٍ.

فإن قيل: إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن: جاز البيع نسيئةً، وليس كذلك.

أجيب: بأنَّ النَّسيئة إن كانت في الشَّاة الحيَّة: فهو سلَمٌ في الحيوان، وإن كانت في البدل الآخر: فهو سلَمٌ في اللَّحم، وكلاهما لا يجوز، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٧) (مِنهُ).

(١) أي: وكذلك جاز بيع لبن حيوانٍ بلبن حيوانٍ آخر متفاضلًا.

(٢) في (ش٣) و(ش٤) و(م٢) زيادة: «بالسويق».

(٣) وإنَّما جاز التَّفاضل ههنا؛ لأنَّهما أجناسٌ مختلفةٌ؛ لاختلاف الصُّور والمعاني والمنافع، =

وإن كان الخبزُ نسيئةً، والبرُّ أوِ الدَّقيقُ نقدًا: يجوزُ عند أبي يوسُفَ(١)[١]، وبه يُفتى.

(لا(٢) بَيعُ الجيِّدِ بالرَّديءِ مِنَ الرِّبَويِّ(٣)، والبُسرِ بالتَّمرِ إلَّا مُتساويًا، والبرِّ بالدَّقيقِ أو بالسَّويقِ، أوِ الدَّقيقِ بالسَّويقِ[٢] مُتَفاضِلًا ومُتَساويًا، والزَّيتونِ بالزَّيتِ، والسِّمسِمِ بالخَلِّ حتَّى يَكونَ الزَّيتُ والخَلُّ أكثَرَ مِمَّا في الزَّيتونِ والسِّمسِمِ)؛

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (يجوزُ عند أبي يوسُف)؛ لأنَّه أسلمَ في موزونٍ، وأمَّا عكسُ ذلك بأن كان الخبزُ نقدًا، وهما نسيئةً: فيجوزُ اتِّفاقًا؛ لأنَّه أسلمَ موزونًا في مكيلٍ يُمكنُ ضبطُ صفتِه، ومعرفةُ مقدارِه.

[٢] قولُه: (أوِ الدَّقيقِ بالسَّويقِ)؛ لأنَّه لا يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالمقليَّة، ولا بيعُ السَّويقِ بالحِنطة، فكذا بيعُ أجزائهما؛ لقيام المجانسةِ من وجهٍ، وعدمِ المسوِّي.

لا يُقالُ(٤): إنَّ علَّةَ عدمِ جوازِ بيعِهما بهما أنَّ المجانسةَ باقيةٌ من وجهٍ؛ لأنَّهما من أجزاء الحِنطة، والمعيارُ فيهما الكيل، وهو غيرُ مسوٍّ بينَهما وبينَ الحِنطة؛ لاجتماعهما فيه، وتخلخُلِ حبَّاتِ الحِنطة، وهي غيرُ موجودةٍ فيهما؛ لاستوائهما في الاجتماع والامتلاءِ جدًّا.

لأنَّا نقول: لا نُسلِّمُ الاستواءَ بينَهما؛ لأنَّ الاجتماعَ فيما بينَ أجزاءِ الدَّقيق،

= كذا في «العناية»: (٧/ ٣٦) (مِنهُ).

(١) في (ش١): «أبي حنيفة»، والصواب المثبت. ينظر: «الهداية»: (٣/ ٦٥) «حاشية ابن عابدين»: (٥/ ١٨٣).

(٢) أي: لا يجوز.

(٣) بالكسر، أي: ما يجري فيه الرِّبا، وبالفتح خطأ. «المغرب في ترتيب المعرب»: (ر ب و).

(٤) السُّؤال لبعض أرباب الحواشي، والجواب لهذا الرَّاجي رحمةَ الله الباري (مِنهُ).

ليكونَ بعضُ الزَّيتِ بالزَّيت الذي في الزَّيتون، والباقي بالثَّجير[١].

(ويُستَقرَضُ الخُبزُ وَزنًا لا عَدَدًا عند أبي يوسُفَ، وبهِ يُفتى).

أمَّا عند أبي حنيفة: لا يجوزُ لا(١) وزنًا ولا عددًا؛ للتَّفاوت الفاحش[٢].

وعند محمَّدٍ: يجوزُ بهما للتَّعامل.

وعند أبي يوسُف: يجوزُ وزنًا؛ للتَّعامل والحاجة، لا عددًا؛ للتَّفاوت في آحاده.

(ولا رِبا بينَ سَيِّدٍ وعَبدِهِ)؛ لأنَّ العبدَ وما معَه لمولاه[٣].

وانضمامَ بعضِها ببعضٍ: أشدُّ وأقوى ممَّا فيما بينَ أجزاءِ السَّويق، غايةُ ما في الباب أنَّ التَّفاوتَ بينَهما أقلُّ ممَّا بينَ أصلِهما وبينَهما، فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه:** (بالثَّجير) - بالثَّاء المثلَّثة -: ثُفل كلِّ شيءٍ يُعصَر، ويقولُ العامَّة: بالتَّاء المثنَّاة، كذا قال الجوهريُّ(٢)(٣).

[٢] **قولُه:** (للتَّفاوتِ الفاحش) وهو تارةً بالخُبز نفسِه من حيثُ الطُّولُ والعرض، والغلَظُ والرِّقَّة، وبالخبَّاز باعتبار حِذقِه وعدمِه، وبالتَّنُّورِ في كونه جديدًا فيجيءُ خبزُه جيِّدًا، أو عتيقًا فيكونُ بخلافه، وبالتَّقدُّم والتَّأخُّر، فإنَّه في أوَّل التَّنُّورِ لا يجيءُ مثلَ ما في آخره.

[٣] **قولُه:** (لمولاه) فلا يملكُ شيئًا، وإذ لا ملكَ: فلا بيعَ، فامتنعَ الرِّبا، واللهُ أعلم.

---

(١) «لا»: سقط من (ش٤).

(٢) «الصِّحاح»: (ثجر).

(٣) قال المصنِّف: «ويُستقرَض الخبزُ وزنًا لا عددًا»، قال في «التَّاتارخانيَّة»: ((والفلوس بهما، والدِّرهم والدِّينار الخالصان: بالوزن فقط، وكذا ما ثلثاه خالصٌ، وما ثلثه خالصٌ بعددٍ إن تعاملوا به، وإلَّا: فيوزَن، ولا قرضَ في القيميِّ، كذا نقل الأستاذ في «غُرره»: (٢/ ١٨٩) (مِنهُ).

(ومُسلِمٍ وحَربيٍّ في دارِهِ) أي: في دار الحرب؛ لأنَّ مالَه مُباحٌ، فيجوزُ أخذُه بأيِّ طريقٍ[١] كان، خلافًا لأبي يوسُفَ والشَّافعيِّ[٢]؛ اعتبارًا بالمُستأمِنِ في دارنا.

(١) في (ش١): «وجهٍ».

(٢) ينظر: «المجموع»: (١١/ ٢٢٨).

بابُ الحُقوقِ والاستِحقاقِ

(يَدخُلُ البِناءُ، والمِفتاحُ(١)[١]، والعُلوُّ، والكَنِيفُ في بَيعِ الدَّارِ[٢]) **الكَنيف:** المُستراح.

ذخيرة العقبى

بابُ الحُقوقِ والاستِحقاقِ

[١]**قولُه:** (والمِفتاحُ) المرادُ بالمِفتاح: ما يكونُ غَلَقُه متَّصلًا بالدَّار مركَّبًا فيها كالضَّبَّة(٢)، فإنَّها تدخلُ في بيع الدَّارِ تبعًا للغَلَق؛ إذ لا يُمكنُ الانتفاعُ بكلِّ واحدٍ منهما بدون الآخر، وإن لم يكن مركَّبًا فيها كالقُفل: لا يدخلُ الغَلَق؛ لعدم الاتِّصال، ولا المِفتاح؛ لأنَّه تابعٌ له.

[٢]**قولُه:** (في بَيعِ الدَّارِ) وهو اسمٌ لما أُديرَ عليه الحدود، والبيت: اسمٌ لما يُباتُ فيه، والمنزل: اسمٌ لما يشتملُ على بيوتٍ وصحنٍ مسقَّفٍ ومطبخٍ، وإنَّما دخلَ العلوُّ والكَنيفُ في بيع الدَّارِ وإن لم يُذكَر؛ لأنَّهما ممَّا أُديرَ عليهما الحائطُ كالجدار، لأنَّ الكَنيفَ تابعُ الدَّارِ عادةً، ويدخلُ بئرُ الماءِ والأشجارُ في صحنها، والبستانُ فيها؛ لما ذكرنا.

وإن كان البستانُ خارجَ الدَّار: إن كان أكثرَ منها أو مثلَها: لا يدخلُ إلَّا بالشَّرط؛ لأنَّه خارجٌ عن حدودها، وإن كان أصغرَ منها: يدخل؛ لأنَّه يُعَدُّ منَ الدَّار عرفًا، فصار تبعًا لها، كذا في «التَّبيين»(٣).

---

(١) في (ش٣) زيادة: «الغلق».

(٢) **الضَّبَّة** - بفتحتي الضَّاد المعجمة والباء الموحَّدة المشدَّدة -: حديدةٌ عريضةٌ يُشدُّ بها الباب، يقال: بابٌ مُضَبَّبٌ؛ أي: مشدودٌ بالضِّباب، ومنه: ضبَّ أسنانه بالفضَّة: شدَّ بها، كذا في «المغرب»: (ضبب) (مِنهُ).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٩٨).

(لا الظُّلَّةُ) في «المُغرِب»(١): ((ظُلَّةُ الدَّار: السُّدَّةُ التي فوقَ الباب، وعن صاحب «الحصْر»: هي التي أحدُ طرفَي جُذوعِها على هذه الدَّار، وطرَفُها الآخَرُ على حائط الجارِ المُقابِل)) (إلَّا بذِكرِ[١] كُلِّ حَقٍّ هو لها، أو بمَرافِقِها، أو بكُلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ هو فيها أو منها، والشَّجَرُ لا الزَّرعُ في بَيعِ الأرضِ(٢)، ولا الثَّمَرُ في بَيعِ شَجَرٍ فيهِ ثَمَرٌ إلَّا بشَرطِهِ وإن ذَكَرَ الحُقوقَ والمَرافِقَ.

ولا العُلوُّ(٣) في شِراءِ بَيتٍ بكُلِّ حَقٍّ، ولا في شِراءِ مَنزِلٍ إلَّا بذِكرِ ما ذُكِرَ) أي: الحقوقِ والمرافقِ إلى آخرِها.

فالحاصل: أنَّ العلوَّ يدخلُ في بيعِ الدَّارِ وإن لَم يذْكُرِ الحقوقَ والمرافق... إلى آخره، ويدخلُ في بيع المنزلِ إن ذكرَ الحقوقَ والمرافق، ولا يدخلُ في بيع البيتِ وإن ذكرَ الحقوقَ والمرافق.

فالمنزلُ بين البيتِ والدَّارِ[٢] لا يكونُ فيه مربِطُ(٤) الدَّوابِّ، بل يكونُ فيه بيتانِ

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (إلَّا بذِكرِ) أي: إلَّا أن يشتريَه بذكر إحدى هذه العباراتِ الأربع.

[٢] **قولُه**: (بينَ البيتِ والدَّارِ) فلمَّا كان شبيهًا بكلٍّ: أخذَ حظًّا منَ الجانبَين، فلشبَهه بالدَّار: يدخلُ العلوُّ فيه عند ذكرِ التَّوابع، ولشبَهه بالبيت: لا يدخلُ بدونه.

---

(١) «المغرب في ترتيب المعرب»: (ظلل).

(٢) أي: يدخل الشَّجر في بيع الأرض وإن لم يذكره، صغيرًا كان أو كبيرًا، مثمرًا كان أو غير مثمرٍ، وهذا هو الأصحُّ، والزَّرع لا يدخل في بيع الأرض إلَّا بذكره، والفرق بينهما: أنَّ اتِّصال الشَّجر بالأرض للقرار، فكان كالبناء، واتِّصال الزَّرع بها لا للقرار، فكان كالمتاع. ينظر: «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٢٩).

(٣) أي: لا يدخل العلوُّ في الشِّراء.

(٤) في (ش٤): «مرابط».

أو ثلاثةٌ(١) أو نحوُ ذلك، يتعيَّشُ فيه الرَّجلُ المتأهِّل، والعلوُّ يكونُ من توابعه لا من توابعِ البيت؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبعُ مثلَه[١]، بل دونَه.

(ولا(٢) الطَّريقُ[٢]، والشِّربُ(٣)، والمَسيلُ في البَيعِ ....

ذخيرة العقبى

[١]**قولُه**: (لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبعُ مثلَه) وفيه نقضٌ بالمستعير والمكاتَب، وهو معَ جوابِه الطَّويلِ الذَّيلِ مذكورٌ في «الكفاية»(٤).

[٢]**قولُه**: (ولا الطَّريق) يعني: إذا اشترى بيتًا في دارٍ، أو منزلًا أو مسكنًا فيها: لم يكن له الطَّريق، ولا الشِّرب، ولا المَسيل، إلَّا أن يشتريَه بإحدى هذه العبارات، والمرادُ بالطَّريق المنفيِّ دخولُه ههنا: هو الطَّريقُ الخاصُّ في مِلك إنسانٍ، وأمَّا طريقُها إلى سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، وإلى طريقٍ عامٍّ: يدخل.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «بيوت».

(٢) أي: ولا يدخل.

(٣) الشِّرب: بالكسر: النَّصيب من الماء، وفي الشَّريعة: عبارةٌ عن نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للمزارع، أو الدَّوابِّ. «المغرب»: (شرب).

(٤) حيث قال (٦/ ١٧٩): ((فإن قيل: يُشكلُ على هذا المستعير، فإنَّ له أن يعيرَ فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب، فإنَّ له أن يكاتب.
قلنا: المراد من عدم التَّبعيَّة ههنا في اللَّفظ الواحد: أن يكون اللَّفظ موضوعًا لشيءٍ، فعندئذٍ ذكرُ الشَّيء أن يدخل هو ومثله، فإنَّه لا يصحُّ؛ بل ما كان تبعًا لذلك الشَّيء يدخل تبعًا بالمذكور الذي وُضِعَ له اللَّفظ مقصودًا، وأمَّا في الإعارة والمكاتب: لم يتبع للفظه ما هو مثله أيضًا، ولكن لمَّا أعار الرَّجل: فقد ملَّكه المنافع، وولاية الإعارة للمستعير إنَّما نشأت من تملُّكه المنافع كالمالك، إلَّا أنَّه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمِل [بخلاف المالك؛ لأنَّ المستعارَ أمانةٌ في يده، وفيما يختلف باختلاف المستعمِل] احتمالُ وقوع التَّغيير فيه بسبب استعمال المستعير الثَّاني، فمُنِعَ عنه حذرًا عن وقوع التَّغيير به، وكذلك المكاتِب لمَّا اختصَّ بمكاسبه: كان هو أحقَّ بتصرُّفٍ يوصله إلى مقصوده، وفي كتابة عبده تسبُّبٌ إلى ما يوصله إلى مقصوده)) (مِنهُ). وما بين معكوفتين زيادةٌ من المصدر.

إلَّا بذِكرِ ما ذُكِرَ أيضًا[1]، بخِلافِ الإجارَةِ) فإنَّ الشِّربَ والطَّريقَ والمسيلَ يدخلُ في الإجارة بلا ذِكرِ الحقوقِ والمرافق، فإنَّ الإجارةَ تقعُ على المنفعة، ولا منفعةَ بدون هذه الأشياء.

أمَّا البيعُ: فيرِدُ على الرَّقبة، وأيضًا يُمكنُ أن ينتفِعَ المشتري بالتِّجارة، ولا كذلك في الإجارة.

ذخيرة العقبى

وكذا ما كان لها من حقِّ مَسيلِ الماء، وحقِّ إلقاءِ الثَّلج: فلا يدخل، قيل: الدُّخولُ بإحدى هذه العباراتِ يختصُّ بالطَّريق الذي يكونُ وقتَ البيع، لا الذي كان قبله، حتَّى إنَّ مَن سدَّ طريقَ منزلِه، وجعل له طريقًا آخر، فباع المنزلَ بحقوقه: دخلَ الطَّريقُ الثَّاني لا الأوَّل، كذا في «الكفاية»(1).

[1] قولُه: (إلَّا بذِكرِ ما ذُكِرَ أيضًا) أي: الحقوقِ والمَرافقِ كما في العلوِّ معَ المنزل.

(1) «الكفاية شرح الهداية»: (6/ 180).

[فصلٌ في الاستِحقاق]

(ويؤخَذُ الوَلَدُ إنِ استُحِقَّت أمُّهُ(١) ببيِّنَةٍ، وإن أقرَّ بها: لا[١]).

صورتُها: رجلٌ اشترى جاريةً، فولدَت عنده[٢]، فاستحقَّها رجلٌ آخَر: إن أقامَ بيِّنةً(٢): فإنَّه يأخذُها وولدَها، وإن أقرَّ بها: لا؛ لأنَّ البيِّنةَ حُجَّةٌ مطلَقةٌ[٣]، فظهر بها ملكُه مِنَ الأصل[٤]، والإقرارَ حُجَّةٌ قاصرةٌ، فيثبتُ الملكُ ضرورةَ صحَّةِ الإخبار، فتندفعُ الضَّرورةُ بثبوت الملكِ بعدَ انفصال الولد.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وإن أقرَّ بها: لا) هذا إذا لم يدَّعِ المقرُّ له الولدَ معَها، أمَّا إذا ادَّعاه: كان له ذلك أيضًا.

[٢] قولُه: (فولدَت عنده) أي: لا باستيلاده، فاستحقَّها رجلٌ؛ أي: بالبيِّنة.

[٣] قولُه: (لأنَّ البيِّنةَ حُجَّةٌ مطلَقةٌ... إلخ) والأصلُ فيه أنَّها لا تصيرُ حُجَّةً إلَّا بقضاء القاضي، وله ولايةٌ عامَّةٌ، فينفُذُ قضاؤُه في حقِّ الكافَّة، والإقرارُ حُجَّةٌ بنفسه لا يتوقَّفُ على القضاء، وللمقرِّ ولايةٌ على نفسه دونَ غيرِه، فيُقتصَرُ عليه.

[٤] قولُه: (ملكُه مِنَ الأصل) ولهذا يرجعُ المشتري على البائع بالثَّمن عند استحقاق المبيعِ بالبيِّنة دونَ الإقرار، ويرجعُ الباعةُ بعضُهم على بعضٍ في الأوَّل دونَ الثَّاني، وأيضًا إنَّ المالكَ يقدرُ على إنشاء المِلكِ للحال، فيُحمَلُ إقرارُه به على ذلك، بخلاف الشُّهود، فإنَّهم لا يقدرونَ على إثبات المِلكِ بشهادتهم للمستحِقِّ إن

(١) في (م١) و(م٢): «استحق أمة».

(٢) قوله: «آخر إن أقام بينة»: سقط من (ش٢) و(ش٤) وقوله: «إن أقام»: سقط من (ش٣) وقوله: «آخر: إن أقام»: سقط من (ش٥).

(شَخصٌ قالَ: «اشتَرِني فإنِّي عَبدٌ[١]» فاشترى، فبانَ(١) حُرًّا: ضَمِنَ إن لم يَدرِ مَكانَ بائعِهِ)؛ لأنَّه بالأمر بالشِّراء يصيرُ ضامنًا للثَّمن عند تعذُّر الرُّجوعِ على البائع؛ دفعًا للغرور.

وعند أبي يوسُف: لا ضمانَ عليه.

(ورَجَعَ عليه، وإن عَلِمَ: لا(٢)) أي: رجع هذا الشَّخصُ بما ضمِنَ على البائع.

(ولا ضَمانَ في الرَّهنِ أصلًا) أي: قال: «ارتهنِّي فإنِّي عبدٌ» فارتهنَه، فبانَ حرًّا: فلا ضمانَ عليه، سواءٌ عَلِمَ مكانَ الرَّاهنِ أو لا؛ لأنَّ الرَّهنَ ليس بعقد معاوَضةٍ[٢]، فلا يكونُ للآمر به ضمانًا للسَّلامة.

لم يكن مالكًا له قبل ذلك، فيكونُ إظهارًا لذلك منَ الأصل، فيستحقُّه بزوائده، كذا في «التَّبيين»(٣).

[١] قولُه: («اشتَرِني فإنِّي عَبدٌ») وإنَّما اعتُبِرَ الأمرُ والإقرارُ معًا؛ لأنَّه إن لم يأمرْ، أو أمرَ ولم يُقرَّ بكونه عبدًا: لا يجبُ عليه شيءٌ في قولهم جميعًا.

[٢] قولُه: (ليسَ عقدَ معاوضَةٍ) يعني: أنَّ موجَبيَّةَ الغرورِ للضَّمان مختصٌّ بالمعاوضات؛ كالبيعِ مثلًا، ولهذا لو سأل رجلٌ غيرَه عن أمن الطَّريقِ فقال: «اسلكْه فإنَّه آمنٌ»، فسلكَه فإذا فيه لصوصٌ وسلبوا فيه أموالَه: لم يضمنِ المُخبرُ شيئًا؛ لأنَّه غَررٌ في غير المعاوضة(٤).

---

(١) أي: ظهر.

(٢) أي: وإن علم مكان بائعه لا يضمن. «شرح ابن ملك»: (٣/ ١٠٥). وقوله: «وإن علم لا»: سقط من (ش٢) و(ش٤) و(ش٥).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٠٠).

(٤) وكذا لو قال: «كُلْ هذا الطَّعام، فإنَّه غير مسمومٍ»، فأكل، فظهر خلافه: لمن يضمن، =

وقال في «الهداية»(١): ((في صورةِ المسألةِ[١] ضربُ إشكالٍ، وهو أنَّ الدَّعوى شرطٌ عند أبي حنيفة؛ لحرِّيَّة العبد، والتَّناقضُ يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى))، فكيف يظهرُ أنَّه حرٌّ؟

(ولا رُجوعَ في دَعوى حَقٍّ مَجهولٍ في دارٍ صولِحَ على شَيءٍ واستُحِقَّ بَعضُها) أي: ادَّعى حقًّا مجهولًا في دارٍ، فصولحَ على شيءٍ، ثمَّ استُحِقَّ بعضُ الدَّار، فالمدَّعى عليه لا يرجعُ على المدَّعي بشيءٍ؛ لأنَّ للمدَّعي أن يقولَ: «دعوايَ في غير ما استُحِقَّ».

---

[١] **قولُه**: (وقال في «الهداية»: في صورةِ المسألةِ) وتلخيصُ الجوابِ المذكورِ في «الهداية» و«شروحِها»(٢): أنَّ المرادَ بالحرِّيَّة: إمَّا حرِّيَّةُ الأصل، أوِ العارضةُ بالإعتاق.

فعلى الأوَّل: يتأتَّى عنه الجوابان:

الأوَّل: ما قاله عامَّةُ المشايخ: إنَّ الدَّعوى ليست بشرطٍ فيها عنده؛ لتضمُّنه تحريمَ فرجِ الأمِّ؛ لأنَّ الشُّهودَ يحتاجونَ في شهادتهم إلى تعيين الأمِّ، وفيه تحريمُها وتحريمُ أَخَواتِها وبناتِها، فإنَّه إذا كان حرَّ الأصل: كان فرجُ الأمِّ حرامًا على مولاه، وحرمتُه من حقوقه تعالى، والدَّعوى ليست بشرطٍ فيها كما في عتق الأمة(٣)، وحيثُ لم تكنِ الدَّعوى شرطًا: لم يكنِ التَّناقضُ مانعًا.

= لكون كلٍّ من هذَينِ التَّقديرَينِ في غير المعاوضة (مِنهُ).

(١) «الهداية في شرح بداية المبتدي»: (٣/ ٦٧).

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٨) بتصرُّفٍ واختصارٍ.

(٣) حتَّى لو خلَتْ عن تحريم الفرج كولد المغرور، وهو حرُّ الأصل: لا يتضمَّن حرمة فرج الأمِّ؛ لكون الدَّعوى فيه شرطًا، والتَّناقض مانعًا، كذا في «الكفاية»: (٦/ ١٨٦) (مِنهُ).

(ولو استُحِقَّ كُلُّها: رَدَّ كُلَّ العِوَضِ)؛ لأنَّ المُدَّعى داخلٌ في المُستحَقِّ.

(وفُهِمَ صِحَّةُ الصُّلحِ عنِ[1] المَجهولِ) أي: دلَّت هذه المسألةُ على أنَّ الصُّلحَ عنِ المجهول على مالٍ معلومٍ: صحيحٌ، وإنَّما يصحُّ لأنَّ الجهالةَ فيما يسقطُ لا تُفضي إلى المنازَعة، وقد نُقِلَ عن بعض الفتاوى أنَّ الصُّلحَ لا يصحُّ إلَّا أن تكونَ الدَّعوى صحيحةً، فهذه المسألةُ تدلُّ على أنَّ هذه الرِّوايةَ غيرُ صحيحةٍ؛ لأنَّ دعوى الحقِّ المجهولِ دعوى غيرُ صحيحةٍ، وكثيرٌ من مسائل «الذَّخيرةِ» تدلُّ على عدم صحَّةِ تلك الرِّواية.

(ورَجَعَ بحِصَّتِهِ في دَعوى كُلِّها إنِ استُحِقَّ شَيءٌ منها) أي: إنِ ادَّعى كلَّ الدَّار، فصولحَ على شيءٍ، ثمَّ استُحِقَّ نصفُها: يرجعُ بنصف البدل.

ذخيرة العقبى

والثَّاني: ما قاله بعضُ المشايخِ من أنَّ الدَّعوى وإن كانت شرطًا في حرِّيَّة الأصلِ كالعارضةِ عنده كما هو الصَّحيح، لكنَّه يُعذَرُ في التَّناقض؛ لخفاء حالِ العُلوق؛ لالتباس حالِ الأمِّ في أنَّها كانت حرَّةً دونَ العُلوقِ أو أمَةً؛ إذِ الولدُ قد يُجلَبُ من دار الحربِ صغيرًا لا يعلمُ بحال أمِّه، فيُقرُّ بالرِّقِّ، ثمَّ يعلمُ الحرِّيَّةَ فيدَّعيها، وكلُّ ما كان مبناه على الخفاء: فالتَّناقضُ منه معفوٌّ؛ كالمُلاعنِ إذا كذَّبَ نفسَه: يثبُتُ النَّسب؛ لخفاء العُلوق.

وعلى الثَّاني: يتأتَّى منه جوابٌ واحدٌ متَّحدٌ في المآل بالجواب الثَّاني عنِ الأوَّل، وهو أنَّ التَّناقضَ لا يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى في العتق؛ لبنائه على الخفاء؛ لأنَّ المولى مستقلٌّ في أمر الإعتاق، فربَّما لا يعلمُه العبدُ فيُقرُّ بالعبوديَّة، ثمَّ يعلمُ بعد ذلك فيدَّعي العتق، وليتَ شِعري ما فائدةُ نقلِ الشَّارح استشكالَ صورةِ هذه المسألةِ تاركًا لهذه الأجوبةِ الواضحةِ برأسِها؟ فليُتأمَّل.

---

(١) في (م١) و(م٢): «مِن».

[فصلٌ في بيع الفُضوليِّ]

(ولمالِكٍ باعَ غيرُهُ مِلكَهُ: فَسخُهُ، وله إجازَتُهُ إن بَقِيَ العاقِدانَ[١] والمَبيعُ، وكذا الثَّمَنُ إن(١) كانَ عَرَضًا(٢)) «فسخُه»: مبتدأٌ، «ولمالكٍ» خبرُه مقدَّمًا، وهذا بيعُ الفضوليِّ(٣)[٢]، وهو منعقِدٌ عندنا خلافًا للشَّافعيِّ(٤).

(وهو مِلكٌ للمُجيزِ(٥)[٣]، وأمانَةٌ عندَ بائعِهِ) أي: إن أجازَ المالكُ: فالثَّمنُ

---

[١] **قولُه**: (إن بَقِيَ العاقِدانَ) هذا القيدُ مختصٌّ بالإجازة، فإنَّ الفسخَ جائزٌ مطلقًا وإن فُقِدَ العاقدانِ والمعقودُ عليه، وإنَّما لم يتعرَّضْ؛ لبقاء المعقودِ له - وهو المالك - وإن كان هو شرطًا أيضًا، حتَّى لو هلكَ هو، فأجازَ وارثُه بعده: لم يجُزْ؛ لأنَّه فُهِمَ بقاؤه من قوله: «وله إجازتُه»، وإنَّما اختُصَّ اشتراطُ بقاءِ هؤلاءِ بالإجازة؛ لأنَّها تصرُّفٌ في العقد، فلا بدَّ من قيامه، وذا بقيام ما ذُكِر.

[٢] **قولُه**: (وهذا بيعُ الفُضوليِّ) وهو بضمِّ الفاءِ لا غيرُ(٦)، والفضل: الزِّيادة، وقد غلبَ جمعُه على ما لا خيرَ فيه، وقيل لمَن يشتغلُ بما لا يعنيه: فُضوليٌّ، وهو في اصطلاح الفقهاء: مَن ليس بوكيلٍ.

[٣] **قولُه**: (وهو مِلكٌ للمُجيزِ) أي: الثَّمنُ الغيرُ العرَضِ كالدَّراهم، وأمَّا الثَّمنُ

---

(١) في (م١) و(م٢): «لو».

(٢) العرض: المتاع، وكلُّ شيءٍ سوى الدَّراهم والدَّنانير. «المعجم الوسيط»: (عرض).

(٣) الفضوليُّ من الرِّجال: المشتغل بالفضول، أي: الأمور التي لا تعنيه، وفي الشَّرع: من لم يكن وليًّا، ولا وصيًّا، ولا أصيلًا، ولا وكيلًا. «المعجم الوسيط»: (فضل).

(٤) فعنده تصرُّف الفضوليِّ باطلٌ في الجديد، وفي القديم: موقوفٌ. ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٤/ ١٤).

(٥) أي: المالك.

(٦) وفتح الفاء خطأٌ (مِنهُ).

ملكٌ له، ويكونُ أمانةً في يد البائع (ولهُ فَسخُهُ قبلَ الإجازَةِ) أي: للبائع(١) حقُّ الفسخِ[١] قبلَ إجازة المالك؛ دفعًا للضَّرر عن نفسه، فإنَّ حقوقَ العقدِ راجعةٌ إليه.

(وجازَ إعتاقُ المُشتَرى مِنَ الغاصِبِ لا بَيعُه إن أُجيزَ بَيعُ الغاصِبِ) أي: إذا باعَ الغاصبُ العبدَ المغصوب، فأعتقَه المشتري، فأجازَ المالكُ البيع: ينفُذُ الإعتاق.

ذخيرة العقبى

العرَضُ: فهو مِلكٌ للبائع الفُضوليِّ؛ لأنَّ بيعَ المقايضةِ شراءٌ من وجهٍ، وهو لا يتوقَّفُ على الإجازة؛ لأنَّ الثَّمنَ يلزمُ في ذمَّة المشتري بالشِّراء، فيلزمُه بالتزامه، فإذا لزم الثَّمن: نفذ البيع(٢)، بخلاف البيع؛ لأنَّ قيامَه بالمبيع، وهو ملكُ الغير، ويتضرَّرُ الغيرُ بلزوم العقد، فقلنا بالتَّوقُّف فيه، كذا في «المعراجيَّة»(٣).

[١] قولُه: (أي: للبائعِ حقُّ الفسخِ) يعني: للفُضوليِّ في البيع، بخلاف الفُضوليِّ في النِّكاح، فإنَّ فسْخَه ولو قبل الإجازة باطلٌ؛ لأنَّ الحقوقَ لا ترجعُ إليه؛ بل هو فيه معبِّرٌ محضٌ، فإذا عبَّر: فقدِ انتهى، فصار هو بمنزلة الأجنبيِّ، هذا مختصٌّ بالفسخ القوليِّ، بأن قال الفُضوليُّ بعد النِّكاح قبل الإجازة: «نقضتُ ذلك النِّكاح»: لا ينتقض، أمَّا لو زوَّجَ رجلًا امرأةً برضاها، فقبل إجازة الزَّوجِ زوَّجَه أختَها: كان نقضًا للنِّكاح الأوَّل، فالفسخُ الفعليُّ جائزٌ في النِّكاح أيضًا، كذا في «الكفاية»(٤).

ولو فسخَتِ المرأةُ نكاحَها قبل الإجازة: انفسخ كما انفسخَ البيعُ بفسخ المشتري منَ الفُضوليِّ قبلَها، كذا في شروح «الهداية»(٥).

---

(١) وهو الفضوليُّ.
(٢) في (ح٣): «لزم المبيع»، وفي (ح٤) و(ح٥): «لزم البيع».
(٣) «معراج الدِّراية»: (٦/ ٩٤).
(٤) كذا في «النِّهاية»: (٧/ ٧٢) أيضًا نقلًا عن الأُسْتروشَنيِّ (مِنهُ). «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١٩٢).
(٥) ينظر: «معراج الدِّراية»: (٦/ ٩٥) و«الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١٩٣).

وعند محمَّدٍ: لا ينفُذ؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا عِتقَ فيما لا يملِكُه ابنُ آدمَ»(١)[١]، ولو ثبتَ في الآخرةِ[٢]: يثبتُ مستنِدًا، وهو ثابتٌ من وجهٍ[٣] دونَ وجهٍ(٢).

ولهما: أنَّ المِلكَ ثبتَ موقوفًا بتصرُّفٍ مطلَقٍ[٤] موضوعٍ لإفادة المِلك، فيتوقَّفُ الإعتاقُ مرتَّبًا عليه؛ كإعتاقِ المشتري مِنَ الرَّاهن[٥].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه:** («لا عِتقَ فيما لا يملِكُه ابنُ آدمَ») ولا مِلكَ ههنا؛ لأنَّ الموقوفَ لا يُفيدُ المِلكَ في الحال.

[٢] **وقولُه:** (بالآخرةِ) أي: أخيرًا.

[٣] **وقولُه:** (من وجهٍ) أي: دونَ وجهٍ، والمجوِّزُ للإعتاق هو المِلكُ الكامل.

لا يُقال: الرِّقُّ في المكاتَب ناقصٌ(٣)، وإعتاقُه جائزٌ؛ لأنَّ المِلكَ كاملٌ في رقَبته، وهي محلُّ العتقِ ليس إلَّا.

[٤] **قولُه:** (بتصرُّفٍ مطلَقٍ(٤)... إلخ) احترزَ بقيد الإطلاقِ عنِ البيع بشرط الخيار، وبقوله: «موضوعٍ لإفادة المِلك» عنِ الغصب؛ لأنَّه ليس بموضوعٍ لإفادة المِلك، كذا في «الكفاية»(٥).

[٥] **قولُه:** (كإعتاقِ المشتري مِنَ الرَّاهن) يعني: اشترى منَ الرَّاهنِ بلا إجازة المرتهِن، ثمَّ أجازَه المرتهِن، والجامعُ كونُه إعتاقًا في البيع الموقوف.

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده»: (٦٧٨٠) والتِّرمذيُّ في «سننه»: (١١٨١) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) قوله: «دون وجه»: سقط من (ش٣) و(ش٤).

(٣) في (ح٥): «ناقضٌ».

(٤) بفتح اللَّام، وقيل: بكسرها، والأوَّل أصحُّ، كذا في «المعراجيَّة»: (٦/ ٩٩) (مِنهُ).

(٥) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ١٩٥).

ولو باع المشترى مِنَ الغاصب، ثمَّ أُجيزَ البيعُ الأوَّل: لا ينفُذُ الثَّاني؛ لأنَّ بالإجازة يثبُتُ ملكٌ باتٌّ للمشتري الأوَّل، الملكُ الموقوفُ للمشتري الثَّاني أبطلَه[١].

(ولو قَطَعَ يَدَهُ ثُمَّ أُجيزَ: فأرشُه لِلمُشتَري) أي: قُطِعَت يدُ العبدِ وأخذَ أرشَها، ثمَّ أجازَ(١) البيع: فأرشُه(٢) للمشتري؛ لأنَّ الملكَ تمَّ له من وقت الشِّرى، فتبيَّنَ أنَّ القطعَ وقعَ على ملك المشتري، فالأرشُ له.

(وتَصَدَّقَ بما زادَ على نِصفِ ثَمَنِهِ) أي: إن كان الأرشُ زائدًا على نصف الثَّمن: فالزِّيادةُ(٣) لا تطيبُ [له](٤)، فوجبَ تصدُّقُه؛ إذ في الزِّيادة شبهةُ عدمِ الملك[٢].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (أبطلَه) يعني: الملكَ الموقوفَ لغير المشتري الأوَّل، وهو الثَّاني؛ لأنَّه لا يُتصوَّرُ اجتماعُ المِلكِ الباتِّ معَ المِلكِ الموقوفِ في محلٍّ واحدٍ، والبيعُ بعدما بطل لا تلحقُه الإجازة، ولأنَّ فيه غَررَ الانفساخِ على اعتبار عدمِ الإجازةِ في البيع الأوَّل، والبيعُ يفسدُ به.

[٢] قولُه: (شبهةُ عدمِ الملك)؛ لأنَّ الملكَ يثبتُ يومَ قطعِ اليدِ مستندًا إلى وقت البيع، وهو ثابتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، فلا يطيبُ الرِّبحُ الحاصلُ به.

---

(١) أي: أجاز المولى بيع الغاصب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٠٨).
(٢) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «كان أرشه».
(٣) في (ش٢) و(ش٤): «فالزائد».
(٤) ما بين معكوفين سقط من النسخ، ومثبت من (ش٥).

(ومَن شَرى[١] عَبدًا مِن غيرِ سَيِّدِه، فأقامَ[٢] بَيِّنَةً على إقرارِ بائعِهِ أو سَيِّدِهِ بعَدَمِ أمرِهِ بِهِ[٣] مُرِيدًا رَدَّهُ: لا تُقبَلُ[٤]).

(ولو أقَرَّ بائعُهُ بِهِ[٥] عندَ قاضٍ، وطَلَبَ مُشتَرِيهِ رَدَّهُ: رُدَّ بَيعُهُ).

الفرقُ بين الصُّورتَين: أنَّ البيِّنةَ لا تُقبَلُ إلَّا عند صحَّةِ الدَّعوى، وفي المسألة الأولى: لا تصحُّ الدَّعوى للتَّناقض.

وفي الصُّورةِ الثَّانية: التَّناقضُ لا يمنعُ صحَّةَ الإقرار، فللمشتري أن يُساعدَ البائعَ في ذلك، فيتحقَّقُ الاتِّفاقُ بينهما.

---

(١) في (م١): «اشترى»، وفي (م٢): «أشرى».

(٢) في (م١) و(م٢): «ثمَّ أقام».

(٣) «به»: سقط من (ش١).

(٤) أي: بيِّنته؛ لبطلان دعواه بالتَّناقض. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٤٤). وفي (ش١) زيادة: «به».

(٥) أي: بأنَّه باع بغير أمره. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٠٩).

بابُ السَّلَم

السَّلَم: بيعُ الشَّيءِ[١] على أن يكونَ دَينًا على البائع بالشَّرائط المعتبَرةِ شرعًا، فالمبيعُ يُسمَّى: مسلَمًا فيه، والثَّمنُ: رأسَ المال، والبائعُ: مسلَمًا إليه، والمشتري: ربَّ السَّلَم.

[بِمَ يصحُّ السَّلَم]

(يَصِحُّ فيما يُعلَمُ قَدرُهُ وصِفَتُهُ؛ كالمَكيلِ والمَوزونِ مُثَمَّنًا) إنَّما قال: «**مثمَّنًا**» احترازًا عنِ الموزون الذي يكونُ ثمنًا؛ كالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ[٢]، **(والمَذروعِ؛**

بابُ السَّلَم(١)

[١] **قولُه**: (السَّلَمُ: بيعُ الشَّيءِ... إلخ) **أقول**: هذا معنًى شرعيٌّ له، أمَّا معناه اللُّغويُّ: فقد قيل: هو عبارةٌ عن نوع بيعٍ يُعجَّلُ فيه الثَّمن، ولهذا قيل: إنَّه أخذُ عاجلٍ بآجلٍ شرعًا ولغةً، واختُصَّ هذا النَّوعُ بهذا الاسم لحكمٍ يدلُّ هذا الاسمُ عليه، وهو تعجيلُ أحدِ البدلَينِ وتأجيلُ الآخر.

ومعنى قولِنا: «أسلمَه في كذا»؛ أي: أسلمَ الثَّمنَ فيه، والهمزةُ للسَّلب؛ أي: أزالَ سلامةَ الدَّراهمِ بالتَّسليم إلى المفلِس في عقدٍ مؤجَّلٍ، أو هو منَ التَّسليم؛ لأنَّ تسليمَ ذلك المالِ لازمٌ فيه، كذا في «مشكِلات القُدوريِّ» لخواهر زادَهْ(٢).

[٢] **قولُه**: (كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ)، فإنَّه لا يجوزُ السَّلَمُ فيهما؛ لأنَّهما أثمانٌ خلقًا، والمسلَمُ فيه يجبُ أن يكونَ غيرَ الثَّمن، ثمَّ قال عيسى بنُ أبانٍ: يكونُ باطلًا،

---

(١) وله أسماءٌ أربعةٌ: السَّلَم، والسَّلَف، والإسلام، والإسلاف (مِنهُ).

(٢) «شرح مشكلات القدوري»: (١/ ٥٥٣).

كالثَّوبِ مُبَيَّنًا طولُهُ وعَرضُهُ ورُقعَتُهُ) أي: غِلظتُه وسَخافتُه(١)[١].

(والمَعدودِ مُتَقارِبًا؛ كالجَوزِ[٢]، ......

ذخيرة العقبى

وهو الأصحُّ، وقال أبو بكرٍ الأعمش: ينعقدُ بيعًا بثمنٍ مؤجَّلٍ؛ تحصيلًا لمقصود المتعاقدَينِ بقدْر الإمكان، وهذا الاختلافُ فيما إذا أسلمَ حِنطةً أو غيرَها منَ العروض في الدَّراهم والدَّنانير؛ ليُمكنَ أن يُجعَلَ بيعَ حِنطةٍ بدراهمَ مؤجَّلةٍ بناءً على أنَّهما قصدا مبادلةَ الحِنطةِ بالدَّراهم.

وأمَّا إذا كان كلاهما منَ الأثمان، بأن أسلمَ عشَرةً في عشَرة دراهم، أو في دنانير: فإنَّه لا يجوزُ بالإجماع؛ لأنَّه ربًا بناءً على أنَّ النَّقدَ خيرٌ منَ النَّسيئة، كذا في «المعراجيَّة»(٢).

[١] قولُه: (أي: غِلَظُه وسَخافتُه(٣)) كلاهما تفسيرٌ للرُّقعة - بالقاف والعينِ المهمَلة -، قال الجوهريُّ(٤): ((رقعةُ الثَّوب: أصلُه وجوهرُه))، والسَّخافة: الرِّقَّة.

[٢] قولُه: (والمَعدودِ مُتَقارِبًا؛ كالجَوزِ... إلخ) الضَّابطُ في معرفة المتقارِبِ عنِ المتفاوِت: تفاوتُ الآحادِ وعدمُه في الماليَّة دونَ الأنواع، فإنَّه قلَّما يُباعُ جوزٌ مثلًا بفَلْسٍ، وآخرُ بفَلْسَين، بخلاف البِطِّيخ والرُّمَّان، فإنَّه قد يُباعُ بِطِّيخٌ واحدٌ بدرهمٍ(٥)، وآخرُ بثلاثة دراهم، ويؤيِّدُ هذا الضَّابطَ ما رُوِيَ عن أبي [حنيفةَ](٦): أنَّ السَّلَمَ لا يجوزُ في بيض النَّعامة؛ لأنَّه يتفاوتُ آحادُه في الماليَّة.

(١) في (ش٢) و(ش٣): «ثخانته»، وفي (ش٤): «سخانته».

(٢) «معراج الدِّراية»: (٦/ ١١٥) بتصرُّفٍ.

(٣) قال في «الصِّحاح»: ((السُّخف - بوزن القفل -: رقَّة العقل))، «صحاح»: (سخف) (مِنهُ).

(٤) «الصِّحاح»: (رقع). (٥) في (ح١) و(ح٤) و(ح٥): «بثمنٍ».

(٦) في النُّسخ: «أبي هريرة»، والصَّواب ما أثبتُّه كما في «الهداية»، وشروحها، ينظر: «العناية»: (٧/ ٧٥).

والبَيْضِ[١]، والفَلسِ، واللَّبِنِ والآجُرِّ بمِلبَنٍ(١) مُعيَّنٍ.

وصَحَّ(٢) في السَّمَكِ المَليحِ) أي: القَديدِ(٣) بالملح[٢]، يُقال: سمكٌ مَلِيحٌ[٣] ومملوحٌ، ولا يُقال: مالحٌ، إلَّا في لغةٍ رديئةٍ (والطَّريِّ في حينِهِ فقط) أي: السَّلَمُ في السَّمك الطَّريِّ لا يجوزُ إلَّا في حينٍ يوجَدُ السَّمكُ في الماء (وَزنًا وضَربًا مَعلومَينِ) أي: لا بدَّ فيه(٤) من أن يُذكَرَ وزنٌ معلومٌ[٤]، ونوعٌ معلومٌ.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (والبَيْضِ) جمعُ بَيضةٍ - بفتح الباءِ الموحَّدة -، وهي بالفارسيِّ: تخم مرغ، واللَّبِن: جمعُ لبِنةٍ - بكسر الباءِ فيهما - وهي التي يُبنى بها، والآجُرُّ: مطبوخُها، والمِلبَنُ - بكسر الميمِ وفتحِ الباءِ -: قالَبُها.

[٢] قولُه: (أي: القَديدِ بالملح)؛ لأنَّه لا ينقطعُ منَ الأسواق في أعمِّ الأوقات؛ بل في كلِّها.

[٣] قولُه: (فيُقال: سمكٌ مَلِيحٌ) أقول: كأنَّ هذا تعريضٌ منه لصاحب «الهداية»، وترجيحٌ لعبارة المتنِ على عبارته، حيثُ قال(٥): ((ويجوزُ [السَّلَمُ] في السَّمك المالح)).

[٤] قولُه: (أي: لا بدَّ من أن يُذكَرَ في وزنٍ معلوم) وجوبُ معلوميَّةِ الوزنِ والنَّوعِ وعدمُ الجوازِ بالعدِّ معتبرٌ في المليح والطَّريِّ معًا؛ لاشتراك علَّتِهما كما صرَّحَ به في «الهداية»(٦).

---

(١) المِلبن: بكسر الميم: ما يُلبن به، وهو القالب. «طلبة الطَّلبة»: (ل ب ن). كذا في هامش: (ش١) و(ش٢) و(ش٤): «قالب».

(٢) في (م١) و(م٢): «ويصحُّ».

(٣) القديد: اللَّحم المقطَّع والمملَّح. «تاج العروس»: (قدد).

(٤) «فيه»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(٥) «الهداية»: (٣/ ٧١).

(٦) «الهداية»: (٢/ ٣٦٣).

(والطَّسْتِ(١)[١]، والقُمقُمَةِ[٢]، والخُفَّينِ إلَّا إذا لم يُعرَفْ) أي: بالصِّفة.

[ما لا يصحُّ فيه السَّلَم]

(لا فيما لا يُعلَمُ قَدرُهُ وصِفَتُهُ كالحَيَوانِ) وعند الشَّافعيِّ(٢): يجوزُ في الحيَوان؛ لأنَّه يُعلَمُ بذكر الجِنسِ[٣] والنَّوعِ[٣] والصِّفة[٣].

قلنا: في ذلك[٤] فحشُ التَّفاوت.

---

[١] قولُه: (والطَّسْت) - بالسِّين المهمَلة -، وهو بالفارسيِّ: تشت.

[٢] قولُه: (والقُمقُمَةِ) وهي ما يُصنَعُ منَ النُّحاس وغيرِه يُتوضَّأُ به، يُقالُ لها بالفارسيِّ: آفتابه(٣).

[٣] قولُه: (بذكرِ الجِنسِ)؛ كالإبل، (والنَّوعِ)؛ كالبُختِ والعِراب، (والصِّفةِ)؛ كالسِّمَنِ والهُزال، والتَّفاوتُ بعد ذلك ساقطٌ لقلَّته، فأشبهَ الثِّياب.

[٤] قولُه: (قلنا: في ذلك) يعني: أنَّ بعد ذكرِ الأوصافِ التي اشترطَ الخصم: يبقى تفاوتٌ فاحشٌ في الماليَّة باعتبار المعاني الباطنة، فقد يكونُ الفَرسانِ متساوِيَينِ في الأوصاف المذكورة، ويزيدُ ثمنُ أحدِهما زيادةً فاحشةً للمعاني الباطنة، فيُفضي إلى المنازعة المنافيةِ لوضع الأسباب، بخلاف الثِّياب؛ لأنَّه مصنوعُ العباد، فقلَّما يتفاوتُ فاحشًا بعد ذكرِ الأوصاف.

---

(١) الطَّسْت: إناء كبير مستدير من نحاس أو نحوه، يُغسل فيه، معرب: تشت - بالشين - يؤنث ويذكر، جمع: طسوت. «المعجم الوسيط»: (الطست).

(٢) ينظر: «تحفة المحتاج»: (٥/ ٢٢).

(٣) وبالتُّركيِّ: قمغان (مِنهُ).

(وأطرافِهِ) كالرُّؤوسِ والأكـارعِ[١] (وجُلودِهِ عَـدَدًا(١)[٢]، والحَطَبِ حَزَمًا، والرَّطبَةِ جُرَزًا).

والحُزَم[٣]: جمعُ الحَزمة، وهي بالفارسيَّة: «بندهيزم».

والجُرَز[٤]: جمعُ الجُرزة، وهي بالفارسيَّة: «دسته تره».

ذخيرة العقبى

لا يُقال: إنَّ الدَّليلَ المذكورَ بقوله: «قلنا» منقوضٌ بالعصافير والحمامات؛ لقلَّة التَّفاوتِ بينَها؛ لأنَّ ذِكرَ ذلك ليس من حيثُ الاستدلالُ على المطلوب؛ بل من حيثُ جوابُ الخصم، وأمَّا الدَّليلُ على ذلك: فهو السُّنَّة.

[١] **قولُه**: (والأكارعِ) جمعُ كُراعٍ(٢)، وهو ما دونَ الرُّكبةِ منَ الدَّوابِّ.

[٢] **قولُه**: (وجُلودِهِ عَـدَدًا)؛ لأنَّها عدديَّةٌ، وفي آحادها تفاوتٌ(٣)، والتَّقييدُ بالعدديِّ في سياقِ النَّفيِ يوهِمُ جوازَه وزنًا، وليس كذلك؛ بل معناه أنَّه عدديٌّ، فحيثُ لم يجزْ عددًا: لم يجزْ وزنًا بطريق الأَولى؛ لفقد العادة.

[٣] **قولُه**: (والحُزَم) - بضمِّ(٤) الحاءِ المهمَلة، وفتحِ الزَّاءِ المعجَمة -: جمعُ حُزْمةٍ - بسكون الزَّاء -، وهي قطعةُ حطبٍ يُجمَعُ ويُشَدُّ وسَطُها بالحبل.

[٤] **قولُه**: (والجُرَز) - بجيمٍ مضمومةٍ، بعدها راءٌ مفتوحةٌ مهمَلةٌ، ثمَّ زاءٌ

---

(١) أي: لا يجوز السَّلم في جلود الحيوان؛ لأنَّها تباع عددًا، ويتفاوت فيها الصَّغير والكبير. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٥٥).

(٢) وهو -بضمِّ الكاف- في الغنم والبقر كالوظيف في الفرس والبعير، مستدقُّ السَّاق، كذا في «الصِّحاح»: (كرع)(مِنهُ).

(٣) هذا إذا لم يتبيَّن طولها وعرضها وصفتها، وإذا بيَّن ذلك: يجوز السَّلَم فيها، كذا فُهِمَ من «البيانيَّة»: (١٠/ ٣٧٨)(مِنهُ).

(٤) في (ح٥): «بفتح»، ولعلَّ الصَّواب المثبت، وقال الفيُّوميُّ: ((وحزمت الشَّيء: جعلته حُزمةً، والجمع: حُزَمٌ، مثل: غُرفةٍ وغُرَفٍ. «المصباح المنير»: (ح ز م).

وإنَّما لا يجوزُ في الحطب[١] للتَّفاوت، حتى إن بُيِّنَ طولُ ما يُشدُّ به الحُزمة: يجوز.

(والجَوهَرِ، والخَرَزِ، وبصاعٍ وذِراعٍ(١) مُعَيَّنٍ لم يُدرَ قَدرُهُ، وبُرِّ قَريَةٍ وثَمرِ(٢) نَخلَةٍ مُعَيَّنَتَينِ، وفيما لم يوجَد[٢] مِن حينِ العَقدِ إلى حينِ المَحِلِّ، ....

ذخيرة العقبى

معجَمةٌ - وهي القبضةُ منَ القَتِّ(٣) ونحوِه.

[١] قولُه: (وإنَّما لا يجوزُ في الحطبِ) أقول: لا يظهرُ لنا وجهُ تخصيصِ الذِّكرِ بالحطب؛ لأنَّ الحالَ في الرَّطبة أيضًا كذلك، فلا تفاوتَ بينَهما في عدم الجوازِ معَ التَّفاوتِ، والجوازِ معَ عدمِه، حتَّى إنْ بيَّنَ طولَ ما يشُدُّ به الجُرزةَ وضبطَ ذلك بحيثُ لا يؤدِّي إلى النِّزاع: يجوزُ اتِّفاقًا(٤).

[٢] قولُه: (وفيما لا يوجَد) يشملُ الصُّورَ الخمسَ التي كلُّها فاسدةٌ عندنا، وثلاثةٌ منها عند الشَّافعيِّ، وأربعةٌ منها عند مالكٍ(٥)؛ لأنَّ هذا ينقسمُ إلى ستَّة أقسامٍ قسمةً عقليَّةً حاصرةً بينَ النَّفيِ والإثبات، وذلك لأنَّه إمَّا أن يكونَ موجودًا من حينِ العقدِ إلى حينِ المحلِّ، أو ليس بموجودٍ أصلًا، أو موجودًا عند العقد دونَ المحلِّ، أو بالعكس، أو موجودًا فيما بينَهما، أو معدومًا فيما بينهما.

(١) في (م١) و(م٢): «أو ذراع».
(٢) في (م١) و(م٢): «تمر».
(٣) وهو - بالقاف والتَّاء المثنَّاة الفوقانيَّة -، يقال له بالفارسيَّة: سبشت خشك، وبالتُّركيِّ: قوري يونجه (مِنهُ). هو نباتٌ تأكله الماشية، وهو البرسيم.
(٤) كذا في «الكوسجيَّة»: (ق: ٢٠٩) نقلًا عن «التَّبيين»: (٤/ ١١١) (مِنهُ).
(٥) ينظر للمذهب الشَّافعيِّ: «العزيز شرح الوجيز»: (٤/ ٤٠١)، وللمذهب المالكيِّ: «شرح مختصر خليلٍ» للخرَشيِّ: (٥/ ٢٢٣).

ولا في اللَّحمِ[١] طَريًّا(١)).

وعند الشَّافعيِّ: يجوزُ إذا كان موجودًا وقتَ المحلِّ؛ للقدرة على التَّسليم حالَ وجودِه(٢).

ذخيرة العقبى

والأوَّلُ جائزٌ بالاتِّفاق، **والثَّاني** فاسدٌ بالاتِّفاق، **والثَّالثُ** كذلك، **والرَّابعُ** فاسدٌ عندنا خلافًا للشَّافعيِّ، **والخامسُ** فاسدٌ بالاتِّفاق، **والسَّادسُ** فاسدٌ عندنا خلافًا للشَّافعيِّ ومالكٍ.

له على الرَّابع وهو دليلُهما على السَّادس: وجودُ القدرةِ على التَّسليم حالَ وجوبِه، كذا في «العناية»(٣).

والمحِلُّ - بكسر الحاءِ المهمَلةِ -: مصدرُ قولِهم: حلَّ الدَّين، والمرادُ بالوجود ههنا: هو الوجودُ في الأسواق؛ لأنَّ الوجودَ في البيوت لا اعتبارَ له، فإنَّه في حكم الانقطاع، ولوِ انقطعَ في إقليمٍ دونَ إقليمٍ: لا يجوزُ في الذي انقطعَ فيه؛ لأنَّه لا يُمكنُ تحصيلُه إلَّا بحرجٍ عظيمٍ، وهو عجزٌ عنِ التَّسليم، حتَّى لو أسلمَ في زنجبيلٍ بمصرَ: لا يجوزُ وإن وُجِدَ بهندوستان(٤)، كذا في «المعراجيَّة»(٥).

[١] **قولُه**: (ولا في اللَّحمِ) هذا عند الأعظم، وعندهما: يجوزُ إذا وُصِفَ منه موضعٌ معلومٌ بصفةٍ معلومةٍ.

---

(١) قوله: «ولا في اللحم طريًّا»: سقط من (ش٢) و(ش٥)، وفي (م١) زيادة: «اللَّحم السَّمك طريًّا»، وفي (م٢) زيادة: «إلا في حينه وزنًا وضربًا معلومين».

(٢) ينظر: «أسنى المطالب»: (٢/ ١٣٣).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٨١).

(٤) إقليمٌ يشمل اليوم الهند وباكستان وبنغلاديش، وبعضًا من نيبال وأفغانستان.

(٥) «معراج الدِّراية»: (٦/ ١٢٩).

ولنا: قولُه صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «لا تُسلِموا(١) في الثِّمار حتَّى يبدوَ صلاحُها»(٢)، ولأنَّه عقدُ المفاليس، فلا بدَّ منَ استمرار الوجودِ في مدَّة الأجلِ ليُتمكَّنَ مِنَ التَّحصيل[١].

[شُروطُ السَّلَم]

(وشُروطُه(٣):

١- بَيانُ جِنسِهِ: كبُرٍّ وشَعيرٍ.

٢- ونَوعِهِ: كسَقيَّةٍ أو بَخسيَّةٍ) أي: حنطةٍ سقيَّةٍ؛ أي: التي تُسقى، **والبخسيَّة:** التي لا تُسقى، منسوبةٌ إلى البَخس، وهو الأرضُ التي تُسقى بماء السَّماء، سُمِّيَت بذلك لأنَّها مبخوسةُ الحظِّ مِنَ الماء.

وله: أنَّه متفاوتٌ بكثرة العظمِ وقلَّتِه، وبالسِّمَن والهُزال، ومقاصدُ النَّاسِ في ذلك مختلفةٌ، وذلك يختلفُ باختلاف فصولِ السَّنة، وبقلَّة الكلأِ وكثرتِه.

[١] **قولُه(٤):** (ليُتمكَّنَ مِنَ التَّحصيل) **فإن قلت:** القدرةُ على التَّسليم ربَّما تُشترَطُ حالَ وجوبِ التَّسليم، والمسلَمُ فيه إذا كان موجودًا حينَ المحلِّ: يكونُ مقدورَ التَّسليم.

---

(١) «لا تسلموا» في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «لا تسلفوا».

(٢) أخرج ابن ماجه في «سننه»: (٢٢٨٤) من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بلفظ: «ولا تُسلِموا في نخلٍ حتَّى يبدو صلاحه»، وأخرج أبو داود في «سننه»: (٣٤٦٧) من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بلفظ: «لا تُسلِفوا في النَّخل حتَّى يبدو صلاحه»، وجاء في «البخاريِّ»: (٢١٨٣) و«مسلمٍ»: (١٤٣٤) من حديث عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بلفظ: «لا تبيعوا الثَّمر حتَّى يبدو صلاحه».

(٣) في (م١) و(م٢): «وشرائطه».

(٤) جاءت هذه المقولة قبل قوله: «(ولا في اللَّحم)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

٣- (وصِفَتِهِ: كجَيِّدٍ أو رَديءٍ.

٤- وقَدرِهِ مَعلومًا نحوَ: «كذا كَيلًا» لا يَنقَبِضُ ولا يَنبَسِطُ) فلا يُجعَلُ الزِّنبيلُ(١)[١] كيلًا (أو وَزنًا.

٥- وأجَلِهِ مَعلومًا) هذا عندنا.

وأمَّا عند الشَّافعيِّ: يجوزُ السَّلَمُ الحالُّ(٢)[٢] (وأقَلُّهُ شَهرٌ في الأصَحِّ)

ذخيرة العقبى

قلت: يجوزُ أن يُتوفَّى المسلَمُ إليه قبل حلول الأجلِ المعهود، فيحُلُّ الأجل، فاشتُرِطَ دوامُ وجودِهِ؛ لتدومَ القدرةُ على التَّسليم؛ إذِ الموهومُ في هذا البابِ كالمحقَّق.

[١] قولُه: (فلا يُجعَلُ الزِّنبيلُ) وهو -بكسر الزَّاء؛ لأنَّ فَعليلًا بالفتح ليس من أبنيتهم-: معروفٌ، ومثلُه في الحكم والدَّليل: الجِراب، والغِرار، والجُوالق، إلَّا في قِربة الماءِ عند الثَّاني، كذا في «العناية»(٣).

[٢] قولُه: (وعند الشَّافعيِّ: يجوزُ السَّلَمُ الحالُّ) لما رُوِيَ: «أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخَّصَ في السَّلَم مطلقًا»(٤)، فاشتراطُ الأجلِ فيه زيادةٌ على النَّصِّ.

قلنا: إنَّ القدرةَ على تسليم المعقودِ عليه شرطُ صحَّةِ العقد، فما به تثبتُ القدرةُ -وهو الأجلُ الذي به يتمكَّنُ من تحصيله- يكونُ شرطًا ضرورةً، وهذا لأنَّ الواجبَ

(١) الزِّنبيل: القفَّة. «المعجم الوسيط»: (زبل).
(٢) ينظر: «فتح العزيز»: (٩/ ٢٢٥).
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٨٨).
(٤) ذكره الجصَّاص في «شرح مختصر الطَّحاويِّ»: (٣/ ١٢١).

وإنَّما قال: «في الأصحِّ»[١] لأنَّه قد قيل: أقلُّه ثلاثةُ أيَّامٍ، وقيل: أكثرُ من نصف يومٍ.

٦- (وقَدرِ رَأسِ المالِ في الكَيليِّ، والوَزنيِّ، والعَدَديِّ) فإنَّ العقدَ فيها يتعلَّقُ بالمقدار، فلا بدَّ من بيان مقدارِه، وهذا عند أبي حنيفة.

في الأصل هو تعيينُ المعقودِ عليه ليكونَ قادرًا على تسليمه بأبلغِ الجهات، حتَّى إذا كان لا يقدرُ على تسليمه معَ تعيينِه؛ كالآبقِ ونحوِه: لا يجوزُ بيعُه، فعُلِمَ بذلك أنَّ البيعَ من غير تعيينِ المبيع، أو عند عدم القدرةِ على التَّسليم: حرامٌ.

وإنَّما أُجيزَ في السَّلَم من غير تعيينِ المبيع؛ رخصةً لأجل المفاليسِ بالحديث، والرُّخصةُ اسمٌ لما استُبيحَ معَ قيامِ الدَّليلِ المحرِّم، والحرمةُ لعذرٍ تيسيرٌ على العباد، والعذرُ هنا هو العجزُ عنِ التَّسليم لعُسرته، والعجزُ بسبب العدمِ لا يرتفعُ إلَّا بالتَّمليك والإمهالِ إلى زمان التَّحصيلِ أوِ الحصاد، فأُسقِطَ التَّعيين؛ لحاجة المفاليس، وعُوِّضَ الأجل؛ لتقومَ القدرةُ على التَّحصيل مقامَ القدرةِ على التَّسليم(١).

لا يُقال: لو كان مشروعًا لرفع حاجةِ المفاليس: لَما جاز لغير المفلِس، ولا ريبَ في جوازه.

لأنَّا نقول: المسلَمُ فيه لا يُباعُ عادةً إلَّا بأقلِّ الثَّمنَين، ولا يُقدِمُ على مثله إلَّا المحتاج، فدلَّنا إقدامُه على هذا البيعِ على أنَّه محتاجٌ، فأُقيمَ ذلك مقامَ الحاجة؛ لتعذُّر الوقوفِ عليها.

[١] **قوله:** (في الأصحِّ) استُدِلَّ عليه بمسألة كتابِ الأيمان، وهي أنَّه لو حلفَ لَيقضيَنَّ دَينَه عاجلًا، فقضاه قبل تمام الشَّهر: برَّ في يمينه، فإذا كان فيما دونَ الشَّهرِ في حكم العاجل: كان الشَّهرُ وما فوقَه آجلًا.

---

(١) زاد في (ح٥): «هذا زبدة ما في «التَّبيين». ينظر: «تبيين الحقائق»: (٤/ ١١٥).

أمَّا عندهما: إذا كان رأسُ المالِ معيَّنًا: لا يُحتاجُ إلى بيان مقدارِه؛ لأنَّ المقصودَ يحصلُ بالإشارة، كما في الثَّمن والأُجرة.

ولأبي حنيفة: أنَّه ربَّما يكونُ بعضُ رأسِ المالِ زُيوفًا، ولا يُستبدَلُ في المجلس، فلو لم يُعلَم قدرُه: لا يُدرى كم بقي[١]، وربَّما لا يُقدَرُ[٢] على تحصيل المسلَمِ فيه، فيُحتاجُ إلى ردِّ رأس المال[٣]، فيجبُ أن يكونَ معلومًا، بخلافِ ما

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا يُدرى كم بقي) وتحقيقُه: أنَّ جهالةَ قدْرِ رأسِ المالِ تستلزمُ جهالةَ المسلَمِ فيه؛ لأنَّ المسلَمَ إليه يُنفقُ رأسَ المالِ شيئًا فشيئًا، وربَّما يجدُ بعضَ ذلك زُيوفًا، فيردُّه ولا يستبدلُه في مجلس الرَّدِّ، فيبطلُ العقدُ بقدْر ما ردَّه، فإذا لم يكنْ مقدارُ رأسِ المالِ معلومًا: لا يُعلَمُ في كمِ انتقضَ السَّلَم، وفي كم بقي، وجهالةُ المسلَمِ فيه مفسِدةٌ بالاتِّفاق، فكذا ما يستلزمُها.

[٢] قولُه: (وربَّما لا يُقدَرُ) هذا وجهٌ آخر.

فإن قيل: ذلك أمرٌ موهومٌ لا مُعتبَرَ به فيما بُنِيَ على الرُّخص.

أُجيبَ: بأنَّ الموهومَ في العقد كالمتحقِّق لشرعه معَ المُنافي؛ لكونه بيعَ المعدوم، والقياسُ يُخالفُه.

[٣] قولُه: (فيُحتاجُ إلى ردِّ رأسِ المال)، فيتَّفقانِ على الفسخ، فلا يُدرى كم يُرَدُّ، فإن زادَ أو نقصَ: يكونُ ربًا، كذا في «التَّوفيق»(١)(٢).

---

(١) «توفيق العناية»: (ق: ١٦٢).

(٢) ألا ترى أنَّه لو أسلم بمكيال رجلٍ بعينه: لم يجز؟ لتوهُّم هلاك ذلك المكيال، وعودِه إلى الجهالة، لا سيَّما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثرَ من نصف يومٍ (مِنهُ).

إذا كان رأسُ المالِ ثوبًا[١] معيَّنًا، فإنَّ العقدَ لا يتعلَّقُ بمقداره، فلا يجبُ بيانُ قدرِ رأسِ المال.

ثمَّ فرَّعَ على هذه المسألةِ مسألتَين، فقال: (فلم يَجُزِ الإسلامُ(١) في جِنسَينِ[٢] بلا بَيانِ رَأسِ مالِ كُلٍّ منهُما، ولا بنَقدَينِ[٣] بلا بَيانِ حِصَّةِ كُلٍّ منهُما مِنَ المُسلَمِ فيهِ(٢)).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (بخلاف ما إذا كان رأسُ المالِ ثوبًا) جوابٌ عمَّا قاساه عليه منَ الثَّوب وإن لم يذكرْه الشَّارح، وتقريرُه: أنَّ الذَّرعَ وصفٌ فيه، فلا ينقسمُ الثَّمنُ عليه(٣)، فجهالتُه لا تؤدِّي إلى جهالة المسلَمِ فيه، وقد ذكَرَ الثَّمنَ والأجرةَ ولم يُجِبْ عنهما؛ لأنَّ دليلَ الأعظمِ يتضمَّنُ جوابَهما، فإنَّ البيعَ والإجارةَ لا ينفسخانِ بردِّ الثَّمنِ والأجرة، وتركِ الاستدلالِ في مجلس الرَّدِّ.

[٢] قولُه: (في جِنسَينِ) يعني: إذا قال: «أسلمتُ هذه العشَرةَ الدَّراهمَ في كُرِّ حِنطةٍ وكُرِّ شعيرٍ»، ولم يبيِّن حِصَّةَ كلِّ واحدٍ منهما منَ العشَرة: لم يجزْ عنده؛ لأنَّ إعلامَ قدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ، فتنقسمُ العشَرةُ عليهما بالقيمة، وهي لا تُعرَفُ ههنا إلَّا بالظَّنِّ، فلا يكونُ معلومًا، حتَّى لو كان من جنسٍ واحدٍ: يصحُّ؛ لأنَّ رأسَ المالِ ينقسمُ عليهما على السَّواء.

[٣] قولُه: (ولا بنَقدَينِ) يعني: إذا أسلمَ دراهمَ ودنانيرَ في كُرِّ بُرٍّ وقد عُلِمَ وزنُ

(١) «الإسلام»: سقط من (ش٥).

(٢) في (ش٢) زيادة: «إنما اشترى بدينار حنطة وشعيرًا ولم يبين حصة كل واحد منهما من الدينار فعنده لا يجوز وعندهما يجوز من المسلم فيه».

(٣) ولهذا لو وجده زائدًا على المسمَّى: سلِّم له الزِّيادة مجَّانًا، ولو وجده ناقصًا: لم يحطَّ شيئًا من الثَّمن، وقد مرَّ البحث فيه، وليس كلامنا في ذلك، وإنَّما هو فيما يتعلَّق العقد على مقداره، فكان قياسًا مع الفارق، كذا في «العناية»: (٧/ ٩٢) (مِنهُ).

٧- (ومَكانِ إيفاءِ مُسلَمٍ فيه لحَمَلِهِ مُؤنَةٌ[١]، ومِثلُهُ الثَّمَنُ[٢]، والأجرُ، والقِسمَةُ)

ذخيرة العقبى

أحدِهما(١)، ولم يُعلَمْ وزنُ الآخر: لا يصحُّ عنده؛ لأنَّ إعلامَ قدْرِ رأسِ المالِ شرطٌ عنده، فإذا لم يُعلَمْ أحدُهما: بطل العقدُ في حِصَّته، فيبطلُ في حِصَّة الآخرِ لجهالتها، أو لاتِّحاد الصَّفقة، قال المولى الشَّهيرُ بكوسَج حسامٍ في «شرح الوِقاية»: ((هذا التَّصويرُ إنَّما يستقيمُ على عبارة «الهداية»، و«الكافي»، والزَّيلعيِّ(٢)، حيثُ قالوا: ((إذا أسلمَ جنسَينِ ولم يُبيِّنْ مقدارَ أحدِهما)): فعلى ما في هذه المعتبَراتِ يكونُ غيرُ المبيَّنِ هو رأسُ المال، وهو الصَّوابُ كما يُفصحُ عنه التَّصويرُ المذكورُ الذي اختارَه صاحبُ «الكافي» والزَّيلعيُّ، وأمَّا على عبارة المتن(٣): فالظَّاهرُ أنَّ غيرَ المبيَّنِ هو حصَّةُ رأسِ المالِ منَ المسلَم فيه، فكونُها من تفاريعِ بيانِ قدْرِ رأسِ المال: لا يخلو عن نوع خفاءٍ كما لا يخفى، فليُتأمَّلْ.

[١] قولُه: (ومَكانِ إيفاءِ سَلَمٍ لِحَمَلِهِ(٤) مُؤنَةٌ) أي: السَّابعُ منَ الشَّرائط التي يُحتاجُ إلى ذكرها في العقد: بيانُ مكانِ إيفاءِ مسلَمٍ فيه الذي لحَمْله مؤنةٌ؛ يعني: ما كان له ثقَلٌ يحتاجُ في حمله إلى ظهيرٍ أو أجرةِ حمَّالٍ.

[٢] قولُه: (ومِثلُهُ الثَّمَنُ) أي: ومثلُ المسلَمِ فيه: الثَّمنُ المؤجَّل(٥)، بأن باع عبدًا

---

(١) وكذا إذا لم يعلم وزن كلِّ منهما: لا يصحُّ؛ لأنَّه يلزم عدم بيان حصَّة كلِّ منهما من المسلَم فيه «مجمع»: (٢/ ١٠١). من هامش (ح٥).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٧٣)، و«الكافي»: (٦/ ٥١٧)، و«تبيين الحقائق»: (٤/ ١١٦).

(٣) وأجاب بعض الفضلاء: والحقُّ أنَّه لا مخالفة؛ لأنَّ بيان الحصَّة من المسلَم فيه: بيان رأس المال كما لا يخفى، تأمَّل «مجمع الأنهر»: (٢/ ١٠١). من هامش (ح٥).

(٤) بفتحتي الحاء المهملة والميم، مصدر حمَلَ الشَّيء، وصفة المسلَم الذي بمعنى المسلَم فيه كما أومأنا إليه في أثناء التَّقرير (مِنهُ).

(٥) وقيل: لا يُشترَطُ ذلك في الثَّمن، والصَّحيح أنَّه يُشترَطُ إذا كان مؤجَّلًا (مِنهُ).

أي: إذا كان المسلَمُ فيه شيئًا لحمله مؤنةٌ: يجبُ بيانُ مكانِ إيفائه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يوفِّيه في مكان العقد، وعلى هذا الخلافُ في الثَّمن والأجرةِ إذا كان لحملها(١) مؤنةٌ، والقِسمةِ إذا اقتسما الدَّار، وجعَلا معَ نصيبِ أحدِهما[١] شيئًا لحمله مؤنةٌ.

(وما لا حِملَ له: يوَفِّيهِ حَيثُ شاءَ، هو الأصَحُّ) وفي رواية «الجامعِ الصَّغيرِ»(٢): يوَفِّيه في مكان العقد.

ثمَّ لمَّا فرغَ من بيان شروطِ صحَّةِ السَّلم: ذكرَ شرطَ بقائه[٢]، فقال:

حاضرًا بحِنطةٍ موصوفةٍ في الذِّمَّة إلى أجلٍ، وكذا الأجر، بأنِ استأجرَ دارًا مثلًا بما له حَملٌ ومؤنةٌ دَينًا في الذِّمَّة، كذا فُهِمَ من تقرير «التَّبيين»(٣).

[١] قولُه: (وجَعَلا معَ نصيبِ أحدِهما) أي: أخذَ أحدُهما أكثرَ من نصيبه، والتزمَ في مقابلة الزَّائدِ مكيلًا أو موزونًا موصوفًا في الذِّمَّة يُشترَطُ عنده بيانُ(٤) الإيفاء حتَّى يفسدُ إذا لم يُبيَّنْ، وعندهما: يتعيَّنُ مكانُ القسمة.

[٢] قولُه: (ذكَرَ شرطَ بقائِه) معناه: أنَّ السَّلمَ لا يبقى صحيحًا بعد وقوعه على الصِّحَّة إذا لم يُقبَضْ رأسُ المالِ في مكان العقدِ قبل أن يُفارقَ كلُّ واحدٍ منَ المتعاقدَينِ صاحبَه بدنًا لا مكانًا، حتَّى لو مشيا فَرْسَخًا قبل القبض: لم يفسُدْ ما لم يفترقا من غير قبضٍ، فإذا افترقا كذلك: فسد.

أمَّا إذا كان نقدًا: فلأنَّه افتراقٌ عن دَينٍ بدَينٍ، وقد نهى النَّبيُّ ﷺ عنِ النَّسيئة بالنَّسيئة.

---

(١) في (ش٣) و(ش٤): «لحملهما».

(٢) «الجامع الصغير»: (ص٣٢٣).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١١٧).

(٤) زاد في (ح٥): «مكان».

(وقَبضُ رَأسِ المالِ(١) قَبلَ الافتِراقِ شَرطُ بَقائِهِ، فلو أسلَمَ مِئَةً نَقدًا، ومِئَةً دَينًا على المُسلَمِ إليهِ(٢)[١] في كُرِّ بُرٍّ(٣): بَطَلَ في حِصَّةِ الدَّينِ فقط) أي: لا يشيعُ الفساد؛ لأنَّ العقدَ صحيحٌ، وهذا الشَّرطُ شرطُ بقاءٍ، فيكونُ ضعيفًا.

ثمَّ من تفاريعِ قبضِ رأسِ المال: أنَّ السَّلَمَ لا يجوزُ مع خيارِ الشَّرطِ وخيارِ الرُّؤية؛ لأنَّهما يمنعانِ تمامَ التَّسليم[٢]، بخلاف خيارِ العيب، فإنَّه لا يمنعُ تمامَه، فلو أسقطَ خيارَ الشَّرطِ قبلَ الافتراق: صحَّ، خلافًا لزفر.

ذخيرة العقبى

وأمَّا إذا كان عينًا: فلأنَّ السَّلَمَ أخذُ عاجلٍ بآجلٍ، ولأنَّه لا بدَّ من تسليمه عاجلًا؛ ليتصرَّفَ فيه المسلَمُ إليه، فيقدرَ على تسليم المسلَمِ فيه، والقياسُ جوازُه؛ لأنَّ العروضَ تتعيَّنُ في العقود، فبترك شرطِ التَّعجيلِ لم يؤدِّ إلى بيع الدَّينِ بالدَّين.

[١] قولُه: (دَينًا على المُسلَمِ إليه)، وإنَّما قيَّدَ به؛ لأنَّ الدَّينَ على غيره يوجبُ شيوعَ الفساد؛ لأنَّها ليست بمالٍ في حقِّهما.

[٢] قولُه: (يمنعانِ تمامَ التَّسليم) وفي لِميَّة مانعيَّةِ خيارِ الرُّؤيةِ تفصيلٌ مذكورٌ في «العناية»(٤)، لكن في تعيين المحلِّ الذي نُفيَ عنه الخيارُ اشتباهٌ؛ لأنَّه إمَّا أن يُرادَ به رأسُ المال، أوِ المسلَمُ فيه، لا سبيلَ إلى الأوَّل؛ لأنَّ خيارَ الرُّؤيةِ ثابتٌ في رأس المال، صرَّحَ به الأكملُ(٥) وقال: ((لا يفسدُ به السَّلَم، ولا إلى الثَّاني؛

(١) في (م١) و(م٢): «ماله».

(٢) وإنما قال: دينًا على المسلم؛ لأنَّه لو كان الدَّين على الأجنبيِّ: فهو غير صحيحٍ في حقِّ الكلِّ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٦٨).

(٣) «برٍّ»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(م١) و(م٢).

(٤) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٩٨).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٩٨).

(ولم يَجُزِ التَّصَرُّفُ في رَأسِ المالِ والمُسلَمِ فيه؛ كالشَّرِكَةِ والتَّوليَةِ قبلَ قَبضِهِ).

صورةُ الشَّركة: أن يقولَ ربُّ السَّلمِ لآخَر: «أعطِني نصفَ رأسِ المال؛ ليكونَ نصفُ المسلَمِ فيه لك».

وصورةُ التَّولية: أن يقولَ: «أعطِني مثلَ ما أعطَيتَ المسلَمَ إليه حتَّى يكونَ المسلَمُ فيه لك».

ومن صورة التَّصرُّفِ في رأسِ المال: أن يُعطيَ بدلَ رأسِ المالِ شيئًا آخر.

ومن صورة التَّصرُّفِ في المسلَمِ فيه: أن يُعطيَ بدلَه شيئًا آخر.

(ولا شِراءُ شَيءٍ[(١)] مِنَ المُسلَمِ إليهِ برَأسِ المالِ بعدَ الإقالَةِ حتَّى يَقبِضَهُ) قال عَلَيهِ السَّلَامُ: «**لا تأخُذ إلَّا سلَمَك أو رأسَ مالِك**»[(٢)] أي: لا تأخذ إلَّا المسلَمَ فيه على تقدير المُضيِّ على العقد، أو رأسَ مالِك على تقدير إقالةِ العقد.

(ولو شَرى كُرًّا، فأمَرَ[(٣)] رَبَّ السَّلَمِ بقَبضِهِ قَضاءً: لم يَصِحَّ[[١]])؛ لأنَّه اجتمعَ

لانتفاء التَّقريب؛ لأنَّه في بيان اشتراطِ قبضِ رأسِ المالِ قبل الافتراق، وثبوتُ الخيارِ في المسلَم فيه وعدمُه لا مدخلَ له في ذلك، فكان أجنبيًّا))، وجوابُه: أنَّ المرادَ هو المسلَمُ فيه، وذكرُه استطرادٌ.

[١] **قولُه**: (لم يَصِحَّ[(٤)]) أي: لم يكنْ قضاءً، حتَّى لو هلكَ المقبوضُ في يد ربِّ السَّلم: كان من مال المسلَمِ إليه.

---

(١) في (ش٣) وهامش (ش٤) زيادة: «آخر».

(٢) أخرجه بهذا اللَّفظ ابن أبي شيبة في «مصنَّفه»: (٢٠٠٠٢) من حديث عبد الله بن مغفَّل، وأخرج ابن ماجه في «سننه»: (٢٢٨٣) وأبو داود في «سننه»: (٣٤٦٨) نحوه من حديث أبي سعيدٍ الخدريِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أسلف في شيءٍ فلا يصرفه إلى غيره».

(٣) في (م١) و(م٢): «وأمر».

(٤) لو صحَّ: لكان قضاءً لحقِّ ربِّ السَّلم، ولم يتفرَّع عليه هذا الحكم (مِنهُ).

صفقتان: السَّلمُ وهذا الشِّراء، فلا بدَّ من أن يجريَ فيه الكَيلان.

(ولو أَمَرَ مُقرِضَهُ به: صَحَّ) أي: لوِ استقرضَ بُرًّا، فاشترى من آخرَ بُرًّا، فأمرَ المُقرِضَ بقبض بُرٍّ منه قضاءً لقرضه: صحَّ؛ لأنَّ القرضَ عاريةٌ[١]، فكأنَّه يقبِضُ عينَ حقِّه.

يرِدُ عليه: أنَّ ما يقبِضُه في السَّلم أيضًا عينُ حقِّه؛ لئلَّا يلزمَ الاستبدال.

فأجابَ في «الهدايةِ»(١): بأنَّ ما يقبِضُه في السَّلَم غيرُ حقِّه؛ لأنَّ الدَّينَ غيرُ العين، فالشَّرعُ إن جعلَه عينَه ضرورةً؛ لئلَّا يكونَ استبدالًا: لا يكونُ عينَه في جميع الأحكام، ففي وجوب الكيلِ(٢) لا يكونُ عينَه، فيكونُ قابضًا هذا العينَ عِوضًا عنِ الذي(٣) له على المسلَم إليه.

(وكذا لو أَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بقَبضِهِ لهُ، ثمَّ لنَفسِهِ، فاكتالَهُ لهُ ثُمَّ لنَفسِهِ) قولُه: «وكذا» أي: في الصُّورة الأولى، وهي ما إذا اشترى المسلَمُ إليه كُرًّا إن أمرَ ربَّ سلَمِه بأن يقبِضَه لأجل المسلَمِ إليه، ثمَّ لنفسه، فاكتالَه له للمسلَم إليه، ثمَّ اكتالَه لأجل نفسِه، وإنَّما يصحُّ لأنَّه قد جرى فيه الكَيلان.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (عاريةٌ)، ولهذا ينعقدُ بلفظ الإعارة، ولو لم يكنْ إعارةً: لزم تمليكُ الشَّيءِ بجنسه نسيئةً، وهو ربًا، ولهذا لا يلزمُ التَّأجيلُ في القرض؛ لأنَّ التَّأجيلَ في العواري غيرُ لازمٍ.

---

(١) «الهداية»: (٣/ ٧٥).
(٢) في (ش٢) و(ش٤): «الكيلي».
(٣) في (ش٢): «الدين».

(ولو كالَ المُسلَمُ إليهِ في ظَرفِ رَبِّ السَّلَمِ بأمرِهِ(١) بغَيبَتِهِ(٢)، أو كالَ البائعُ في ظَرفِهِ أو ظَرفِ بَيتِهِ بأمرِ المُشتَري: لم يَكُن قَبضًا)؛ لأنَّ في السَّلَم لم يصحَّ أمرُ ربِّ السَّلَمِ بالكيل؛ لأنَّ حقَّه(٣) في الدَّين[١] لا في العين، فأمرُه لم يُصادِف ملكَه، فالمسلَمُ إليه جعلَ ملكَه في ظرفٍ استعارَه من ربِّ السَّلَم، وفي البيع لم يصحَّ أمرُ المشتري؛ لأنَّه استعارَ الظَّرفَ مِنَ البائع، ولم يقبِضه، فيكونُ في يد البائع، وكذا الحنطةُ التي فيه.

وإنَّما قال: «بغَيبته» حتَّى لو كان حاضرًا: يكونُ قابضًا؛ لأنَّ فعلَه ينتقلُ إليه (بخِلافِ كَيلِهِ في ظَرفِ المُشتَري بأمرِهِ) أي: إذا اشترى حنطةً معيَّنةً، فأمرَ المشتري البائعَ أن يكيلَه في ظرف المشتري بغَيبته، ففعل: يصيرُ قابضًا؛ لأنَّه ملكَ العينَ بالشِّراء، فأمرُه صادفَ ملكَه.

(ولو كالَ الدَّينَ والعَينَ في ظَرفِ المُشتَري: إن(٤) بَدَأَ بالعَينِ: كانَ قابِضًا(٥)[٢]، وإن بَدَأَ بالدَّينِ: لا عندَ أبي حَنيفَةَ) أي: إذا اشترى الرَّجلُ من آخرَ كُرًّا بعقد السَّلَم،

---

[١] قولُه: (لأنَّ حقَّه في الدَّين) وهذا عينٌ، فكان المأمورُ بجَعْله في الغرائرِ(٦) متصرِّفًا في مِلك نفسِه، فلا يكونُ فعلُه كفعلِ الآمر.

[٢] قولُه: (كان قابِضًا) أي: للعين والدَّينِ جميعًا.

---

(١) أي: بأمر ربِّ السَّلم. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢٠).
(٢) أي: بغيبة ربِّ السَّلم. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢٠).
(٣) أي: حقَّ ربِّ السَّلم. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٧٤).
(٤) «إن»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤) و(م١).
(٥) في (م١) و(م٢): «قبضًا».
(٦) أي: الجوالق (مِنهُ).

وكُرًّا معيَّنًا بالبيع، فأمرَ المشتري البائعَ أن يجعلَ الكُرَّينِ في ظرف المشتري: إن بدأَ بالعين: كان قبضًا(١)، أمَّا في العين؛ فلصحَّةِ الأمر، وأمَّا في الدَّين؛ فلاتِّصاله بملك المُشتري[١].

وإن بدأَ بالدَّين: لا يصيرُ قابِضًا[٢]؛ لأنَّ الأمرَ لم يصحَّ في الدَّين، فلم يصِر قابضًا له، فبقيَ في يد البائع، فخلطَ(٢) ملكَ المشتري بملكه، فصار مستهلَكًا عند أبي حنيفة، فينتقِضُ(٣) البيعُ(٤).

وعندهما: المشتري بالخيار، إن شاء: نقضَ البيع، وإن شاء: شاركَه في المخلوط؛ لأنَّ الخلطَ ليس باستهلاكٍ عندهما.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (بمِلكِ المُشتري) أي: برضاه، والاتِّصالُ بالمِلك بالرِّضاء يُثبتُ القبض؛ كمَنِ استقرضَ حِنطةً وأمرَه أن يزرعَها في أرضه.

[٢] قولُه: (لا يصيرُ قابِضًا) أي: للدَّين والعينِ جميعًا، وجهُ الأوَّل: قولُه: «لأنَّ الآمر... إلخ»، وقد شرعَ في الوجه الثَّاني بقوله: «فخلطَ مِلكَ المشتري... إلخ».

فإن قيل: الخلطُ حصل(٥) بإذن المشتري، فلا ينتقضُ به البيع.

قلنا: الخلطُ المذكورُ ليس بإذنه؛ بل ما رضي هو إلَّا بالخلط الذي يصيرُ الآمرُ قابضًا به؛ لكون البدايةِ بالعين.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «لهما».
(٢) في (ش١): «فخلطه».
(٣) في (ش٤) زيادة: «القبض في».
(٤) في (ش٣): «القبض».
(٥) في (ح٢) و(ح٣): «فعل».

(ولو أسلَمَ أمَةً في كُرٍّ[١] وقُبِضَت[٢]، فتقايَلا، فماتَت في يَدِهِ[٣]: بَقيَ، وتَجِبُ قيمَتُها يَومَ قَبضِها) أي: اشترى كُرًّا بعقد السَّلَم، وجعلَ الأمَةَ رأسَ المال، وسلَّمَ الأمَةَ إلى المسلَم إليه، ثمَّ تقايَلا عقدَ السَّلَم، ثمَّ ماتَتِ الأمَةُ في يد المسلَمِ إليه: بقيَ التَّقايُل، فيجبُ قيمةُ الأمةِ على المسلَم إليه، فيردُّها إلى ربِّ السَّلَم.

(ولو ماتَت ثُمَّ تَقايَلا: صَحَّ) أي: في الصُّورة المذكورة: إن كان الموتُ قبلَ التَّقايُل: صحَّ التَّقايُل؛ وذلك لأنَّ صحَّةَ الإقالةِ تعتمِدُ بقاءَ المعقودِ عليه، وهو المسلَمُ فيه.

(وكذا المُقايَضَةُ في وَجهَيهِ) أي: إذا باع أمَةً بعرَضٍ، فهلكَ أحدُهما دونَ الآخَر، فتقايَلا: صحَّ التَّقايُل.

ولو تقايَلا ثمَّ هلكَ أحدُهما: بقيَ التَّقايُل.

فقوله: «وكذا...إلى آخِره» تقديرُه: بقيَ تقايُلُ المقايَضة، وصحَّ تقايُلُها في كلا الوجهَين، أمَّا البقاءُ: ففي صورة تقدُّمِ التَّقايُلِ على الهلاك، وأمَّا الصِّحَّةُ: ففي صورة تأخُّرِه عنه.

(بخِلافِ الشِّراءِ بالثَّمَنِ فيهِما) أي: إنِ اشترى بالدَّراهم أو بالدَّنانير أمَةً، ثمَّ تقايَلا، ثمَّ ماتَتِ الأمَةُ في يد المشتري: لم يبقَ التَّقايُل، ولو ماتت ثمَّ تقايَلا: لم يصحَّ التَّقايُل.

ذخيرة العقبى

....

(١) في (م١) و(م٢) زيادة: «بُرٍّ».
(٢) أي: قبض المسلم إليه الأمة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢١).
(٣) أي: في يدي المسلم إليه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢١).

(ولو اختلَفَ عاقِدا السَّلَمِ في شَرطِ الرَّداءَةِ والأجَلِ: فالقَولُ لمُدَّعيهِما) أي: إن قال المسلَمُ إليه: «شرَطنا الرَّديءَ»، وقال ربُّ السَّلم: «لم نشترِط شيئًا حتَّى يكونَ العقدُ فاسدًا»: فالقولُ قولُ المسلَمِ إليه؛ لأنَّ ربَّ السَّلَمِ متعنِّتٌ[١] في إنكاره الصِّحَّةَ؛ لأنَّ المسلَمَ فيه زائدٌ على رأس المالِ عادةً، فإنكارُه صحَّةَ دعوى أمرٍ: يكونُ ضررًا في حقِّه، فكانَ متعنِّتًا.

ولوِ ادَّعى ربُّ السَّلمِ شرطَ الرَّداءة، وقال المسلَمُ إليه: «لم نشترِط شيئًا»: فالواجبُ أن يكونَ القولُ لربِّ السَّلَمِ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّة، فالحاصلُ أنَّ في الصُّورتينِ القولَ لمدَّعي الصِّحَّةِ عنده.

وعندهما: القولُ للمُنكِرِ.

ولوِ اختلَفا في الأجل، فقال أحدُهما: «شرَطنا الأجَلَ»، وقال الآخَر: «لم نشترِط»: فأيُّهما ادَّعى الأجل: فالقولُ قولُه عند أبي حنيفة؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّة.

وعندهما: القولُ للمُنكِرِ.

[١] قولُه: (متعنِّتٌ) وهو الذي يُنكرُ ما ينفعُه، فكان القولُ لمَن شهدَ له الظَّاهر، فإنَّهما لمَّا اتَّفقا على عقدٍ واحدٍ، واختلفا فيما لا يصحُّ العقدُ بدونه - وهو بيانُ الوصف -، والظَّاهرُ من حالهما مباشرةُ العقدِ على وصف الصِّحَّةِ دونَ الفساد: كان الظَّاهرُ شاهدًا للمسلَمِ إليه، وقولُ مَن شهدَ له الظَّاهرُ أقربُ إلى الصِّدق.

[فصلٌ في الاستِصناع]

(والاستِصناعُ بأجَلٍ سَلَمٌ، تَعامَلوا فيه أو لا، وبلا أجَلٍ فيما يُتعامَلُ كَخُفٍّ، وقُمقُمَةٍ(١)، وطَسْتٍ(٢): صَحَّ بَيعًا لا عِدَةً) **الاستصناعُ**: أن يقولَ للصَّانع كالخفَّافِ مثلًا: «اصنع لي من مالِك خُفًّا من هذا الجنس، بهذه الصِّفة، بكذا»، فإن أجَّلَ أجَلًا معلومًا: كان سلَمًا، سواءٌ جرى فيه تعاملٌ أو لا، فيُعتبرُ فيه شرائطُ السَّلَم، وإن لم يؤجِّل: فإن كانَ ممَّا يجري فيه التَّعامل: صحَّ بطريق البيعِ، لا بطريق العِدَة[١]، فإن لم يجرِ فيه التَّعامل: لا يجوز.

[١] **قولُه**: (بطريقِ البيع، لا بطريقِ العِدَةِ) اختيارٌ لمذهب عامَّةِ المشايخ، وكان الحاكمُ الشَّهيدُ(٣) يقول: ((هو مواعَدةٌ ينعقدُ العقدُ بالتَّعاطي إذا جاءَ به مفروغًا، ولهذا يثبتُ لكلِّ واحدٍ منهما الخيار))، **وجهُ العامَّة**: أنَّه يجوزُ فيما فيه تعاملٌ؛ كالطَّست، لا فيما لا تعاملَ فيه؛ كالنَّسجِ والخياطة(٤)، والمواعَدةُ تجوزُ في الكلِّ.

فإن قيل: كيف يجوزُ أن يكونَ بيعًا والمعدومُ لا يصلحُ أن يكونَ مبيعًا؟

قلنا: المعدومُ قد يُعتبرُ موجودًا حكمًا(٥)؛ كالنَّاسي للتَّسمية عند الذَّبح، فإنَّها جُعِلَت موجودةً لعذر النِّسيان، والطَّهارةُ للمستحاضة جُعِلَت موجودةً لعذر جوازِ

---

(١) **القُمقُم**: إناءٌ صغيرٌ من نحاسٍ، أو فضَّةٍ، أو خزفٍ صينيٍّ يجعل فيه ماء الورد. «المعجم الوسيط»: (قمقم).

(٢) **الطَسْت**: إناء كبير مستدير من نحاس أو نحوه، يُغسل فيه، معرب: تشت - بالشين - يؤنث ويذكر، جمع: طسوت. «المعجم الوسيط»: (الطست).

(٣) ينظر: «المبسوط»: (١٢/ ١٣٩).

(٤) والخيَّاط أن يخيط له قميصًا بكرباسٍ من عنده، كذا في «العناية»: (٧/ ١١٤) (مِنهُ).

(٥) كما يُجعَلُ الموجود حقيقةً معدومًا حكمًا إذا مسَّت إليه الحاجة؛ كالعطش وغيره، حتَّى يجوزُ التَّيمُّم مع وجود الماء، كذا في «البيانيَّة»: (١٠/ ٤٤٧) (مِنهُ).

ثمَّ ذكرَ فروعَ أنَّه بيعٌ لا عِدَةٌ، فقال: (فيُجبرُ الصَّانِعُ على عَمَلِهِ، ولا(١) يَرجِعُ الآمِرُ عنهُ(٢)، والمَبيعُ هو العَينُ لا عَمَلُهُ، فإذا(٣) جاءَ بما صَنَعَه غيرُهُ، أو صَنَعَهُ(٤) هو قبلَ العَقدِ، فأخَذَهُ: صَحَّ، ولا يَتَعَيَّنُ لهُ(٥) بلا اختيارِهِ، فصَحَّ بَيعُ الصَّانِعِ قبلَ رُؤيَةِ الآمِرِ، ولهُ(٦) أَخذُهُ وتَركُهُ، ولم يَصِحَّ فيما لا يُتَعامَلُ كالثَّوبِ[١]) أي: إذا لم يؤجِّل كما شرَحناه.

ذخيرة العقبى

الصَّلاة؛ لئلَّا تتضاعفَ الواجبات، فكذلك المستصنَعُ(٧) المعدومُ جُعِلَ موجودًا حكمًا للتَّعامل.

[١] قولُه: (فيما لا يُتَعامَلُ كالثَّوبِ) مثلَ أن يأمرَ النَّسَّاجَ أن ينسُجَ له ثوبًا بغزله بلا أجلٍ معلومٍ.

(١) بعض نُسخ الشَّرح: «فلا».
(٢) أي: لا يرجع المستصنع عن استصناعه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢٥).
(٣) في (ش١) و(ش٥): «فإن»، وفي (م١) و(م٢): «فلو».
(٤) في (ش١): «صنع»، وسقطت من (م١) و(م٢).
(٥) أي: لا يتعيَّن المعقود عليه للمستصنع. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢٥).
(٦) أي: للمستصنع.
(٧) في (ح٥): «المستبضع».

مسائلُ شتَّى(١)

(صَحَّ بَيعُ الكَلبِ والفَهْدِ[١] والسِّباعِ، عُلِّمَت أو لا) هذا عندنا.

وعند أبي يوسُف: لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العَقور[٢].

وعند الشَّافعيِّ: لا يجوزُ بيعُ الكلبِ أصلًا، بناءً على أنَّه نجِسُ العينِ عنده(٢).

وعندنا: إنَّما يجوزُ بناءً على الانتفاع به[٣] وبجِلده.

مسائلُ شتَّى

[١] قولُه: (والفَهْد) - بالفاء المفتوحةِ والهاءِ السَّاكنة -: معروفٌ، وهو بالفارسيَّة: يوز(٣).

[٢] قولُه: (لا يجوزُ بيعُ الكلبِ العَقور) أي: الجارح، مِن: عقرَه؛ أي: جرحَه، كذا في «الصِّحاح»(٤).

[٣] قولُه: (بناءً على أن الانتفاعِ بهِ(٥))، أمَّا المعلَّم: فلا اشتباهَ فيه؛ لأنَّه نافعٌ في

---

(١) شتَّى: جمع شتيتٍ، أي: متفرِّقين، وهي أنَّ من عادات المصنِّفين أن يذكروا عقيب الأبواب ما شذَّ من المسائل، فتصير مسائل في أبوابٍ متفرِّقةٍ، ويقال لها أيضًا: مسائل منثورةٌ. ينظر: «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٨٤).

(٢) ينظر: «المجموع»: (٩/ ٢٢٨).

(٣) وبالتُّركيِّ: بارص (مِنهُ).

(٤) «الصِّحاح»: (عقر).

(٥) والأصل أنَّ كلَّ منتفعٍ به شرعًا في الحال والمآل؛ نحو الجحش والطِّفل: جاز بيعه، وإلَّا: فلا، ولهذا لا يجوز بيع حبَّة قمحٍ وكفٌّ من ترابٍ؛ إذ لا يُنتفَع بهما؛ إذ لا قيمة لهما، =

(والذِّمِّيُّ في البَيعِ كالمُسلِمِ إلَّا في الخَمرِ والخِنزيرِ[١]، وهما في عَقدِ الذِّمِّيِّ كالخَلِّ والشَّاةِ في عَقدِ المُسلِمِ) حتَّى تكونُ الخمرُ من ذوات الأمثال، والخنزيرُ من ذوات القيَم(١).

الزِّراعة والصَّيد، فيكونُ محلًّا للبيع؛ لكونه منتفَعًا به حقيقةً وشرعًا، فيكونُ مالًا.

وأمَّا غيرُ المعلَّم: فلأنَّه يُمكنُ أن يُنتفَعَ به بغير الاصطياد، فإنَّ كلَّ كلبٍ يحفظُ بيتَ صاحبِه، ويمنعُ الأجانبَ عنِ الدُّخول فيه، ويُخبرُ عنِ الجائي بنُباحه، فيُساوي المعلَّمَ في الانتفاع به، ولأنَّه عَلَيهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قضى في كلبٍ بأربعينَ درهمًا من غير تخصيصِه بنوعٍ.

[١] قولُه: (إلَّا الخَمرَ والخِنزيرَ) أي: يحلُّ لهم ما يحلُّ لنا، ويحرُمُ عليهم ما يحرُمُ علينا منَ البيوع سوى الخَمرِ والخِنزير(٢)، وذلك لأنَّهم لمَّا قبِلوا الجزيةَ: صاروا كالمسلمينَ فيما لهم وعليهم، إلَّا أنَّهم أقرُّوا بعقد الأمانِ أن يكونَ ذلك مالًا لهم، فلو لم يجزْ تصرُّفُهم: خرجَ ذلك من أن يكونَ مالًا، وفيه نقضُ الأمان، والرِّبا مستثنًى في عهودهم؛ لأنَّه لم يقعْ عليه عقدُ الأمان، قال اللهُ تعالى: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ﴾ [النساء: ١٦١] كذا في «البيانيَّة»(٣).

= ويجوز بيع الفيل للانتفاع به حملًا وركوبًا، وفي بيع القرد روايتان عن الأعظم، والصَّحيح الجواز، وأكثره يجوز بيعه للانتفاع به، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ١٢٦) (مِنهُ).

(١) في (ش١): «القيام».

(٢) وهذا معنى قول الزَّيلعيِّ: إنَّهما أموالٌ نفيسةٌ عندهم، فيُلحَقان بنظيرهما من أموالنا، وهذا لأنَّا أُمِرنا بأن نتركَهم وما يعتقدون، وما قبلوا الجزيةَ إلَّا لذلك، ولهذا قال عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُ: ولُّوهم بيعها، وخذوا العُشر من أثمانهما، والصَّحابة متوافرون، ولم يُعرَف له مخالفٌ، فصار إجماعًا، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ١٢٦) (مِنهُ).

(٣) «غاية البيان»: (١٠/ ٤٦١).

(ومَن زَوَّجَ مَشريَّتَهُ قبلَ قَبضِها: صَحَّ[١]، فإن وُطِئَت: فقد قُبِضَت، وإلَّا: فلا) أي: بمجرَّد التَّزويجِ لا يكونُ قابضًا، والقياسُ أن يصيرَ قابِضًا[٢]؛ لأنَّها تعيَّبَت بالتَّزويج[٣].

وجهُ الاستحسان: أنَّ التَّعيُّبَ الحقيقيَّ[٤] استيلاءٌ على المحلِّ، فيكونُ قبضًا(١)، بخلاف التَّعيُّبِ الحُكميِّ.

---

[١] قولُه: (ومَن زَوَّجَ مُشتريَّتَه قبلَ قَبضِها: صَحَّ) أي: جازَ النِّكاح؛ لوجود سببِ ولايةِ النِّكاح، وهو المِلكُ في الرَّقَبة على الكمال.

لا يُقال: هذا تصرُّفٌ في(٢) المنقول قبل القبض، والمفهومُ منَ المباحث السَّابقةِ عدمُ جوازِه.

لأنَّا نقول: المنعُ عنِ التَّصرُّف في المبيع المنقولِ قبل القبض إنَّما يكونُ عن تصرُّفٍ ينفسخُ بهلاك المبيعِ قبل القبض؛ كالبيعِ مثلًا، والنِّكاحُ ليس كذلك؛ بل هو كالتَّدبيرِ والإعتاقِ في عدم الانفساخ، فلا مخالفةَ، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٣).

[٢] قولُه: (والقياسُ أن يصيرَ قابِضًا) وهو روايةٌ عن أبي يوسف، حتَّى إن هلكَتْ بعد التَّزويج قبل الوطء: هلكَتْ من مال المشتري عنده.

[٣] قولُه: (لأنَّها تعيَّبَت بالتَّزويج) بدليل أنَّه لو وجدَ المشتري الجاريةَ المشتراةَ ذاتَ زوجٍ: كان له أن يردَّها، والمشتري إذا عيَّبَ المعقودَ عليه: صار قابضًا.

[٤] قولُه: (إنَّ التَّعيُّبَ الحقيقيَّ)؛ كقطعِ اليد، وفقءِ العين: استيلاءٌ على المحلِّ باتِّصال فعلٍ منه إليه.

---

(١) في (ش٣): «قابضًا».
(٢) زاد في (ح٥): «المبيع».
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٢٥).

(ومَنِ اشتَرى[(١)] شَيئًا وغابَ غَيبَةً مَعروفَةً[١] فأقامَ بائعُهُ بَيِّنَةً على[(٢)] أنَّهُ باعَهُ منهُ: لم يُبَعْ في دَينِهِ) أي: في ثمن المبيع، بل يطلُبُ[(٣)] الثَّمنَ مِنَ المشتري، فإنَّ مكانَه معلومٌ (وإن جُهِلَ مَكانُهُ[(٤)]: بيعَ) أي بيعَ وأوفى الثَّمن.

(وإنِ اشتَرى اثنانِ وغابَ أحَدُهُما: فللحاضِرِ دَفعُ ثَمَنِهِ وقَبضُهُ[(٥)] وحَبسُهُ إن حَضَرَ الغائبُ إلى أن يَأخُذَ حِصَّتَهُ) هذا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ؛ وذلك لأنَّه مضطرٌّ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وغابَ غَيبَةً مَعروفَةً) أي: قبل قبض المبيعِ ونقدِ الثَّمن، فعلى هذا يتوجَّهُ على قوله: «وإن جُهِلَ مكانُه: بِيع» أنَّه قد تقرَّرَ فيما سبقَ أنَّ التَّصرُّفَ في المبيع قبل القبض: غيرُ جائزٍ، فكيف يقعُ هنا؟

وجوابُه: أنَّ المقصودَ هنا إحياءُ حقِّ البائع، فيتضمَّنُ ذلك صحَّةَ البيع، والمنفيُّ جوازُه هناك كونُ البيعِ أصلًا ومقصودًا بالذَّات، وهم يُجوِّزونَ أن يثبُتَ ضمنًا ما لا يثبُتُ قصداً[(٦)]، فلا منافاةَ، ولك أن تُجيبَ بقول بعضِ المشايخ، وهو أنَّ القاضيَ يُنصِّبُ مَن يقبضُ العبدَ للمشتري ثمَّ يبيع، لأنَّ بيعَ القاضي كبيعِ المشتري، فلا يجوزُ قبل القبض[(٧)]، كذا في «العناية»[(٨)].

(١) في (م١) و(م٢): «شرى»، وكذا في المسألة الآتية.
(٢) «على»: سقط من (م١) و(م٢).
(٣) في (ش٣) زيادة: «كل».
(٤) أي: مكان المشتري، ولم يدر أين هو. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢٧).
(٥) أي: قبض المبيع. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٢٨).
(٦) في (ح١) و(ح٢): «قطعًا». المثبت موافقٌ للمصدر.
(٧) وفيه نظرٌ؛ لما فيه من إبطال يد البائع قبل إيفاء الثَّمن، فالأوجَه هو الجواب الأوَّل كما صرَّح به الزَّيلعيُّ: (٤/ ١٢٩) (مِنهُ).
(٨) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٢٦).

لا يُمكنُه الانتفاعُ بنصيبه إلَّا بأداء جميعِ الثَّمن، فإذا أدَّاه: لم يكُن متبرِّعًا، فإن حضرَ الغائبُ: لا يأخذُ حصَّتَه إلَّا أن يُسلِّمَ ثمنَ حصَّتِه إلى شريكه.

وعند أبي يوسُف: هو متبرِّعٌ في أداء حصَّةِ شريكِه؛ لأنَّه دفعَ دَينَ غيرِه بغير أمرِه.

(وإنِ اشترَى بألفِ مِثقالٍ(١) ذَهَبٍ وفِضَّةٍ: يَجِبُ مِن كُلٍّ نِصفُهُ(٢)[١]، وفي بألفٍ مِنَ الذَّهَبِ والفِضَّةِ مِنَ الذَّهَبِ مَثاقيلُ[٢]، ومنَ الفِضَّةِ دَراهِمُ وَزنُ سَبعَةٍ) وزنُ السَّبعةِ قد سبقَ في كتاب الزَّكاةِ(٣).

(ولو قَبَضَ زَيفًا بَدَلَ جَيِّدٍ جاهِلًا بِهِ(٤) وأنفَقَ أو نَفَقَ) أي: هلك: (فهو قَضاءٌ.

---

[١] قولُه: (يَجِبُ مِن كُلٍّ نِصفُه) أي: خمسُمئةِ مثقالٍ؛ لأنَّ المضافَ إليهما هو المثقال، فيوزَّعُ بينَهما على السَّواء.

[٢] قولُه: (من الذَّهَبِ مَثاقيلُ) أي: خمسُمئةِ مثقالٍ، (ومنَ الفضَّةِ دَراهِمُ) أي: خمسُمئةِ درهمٍ؛ لأنَّ المضافَ إليهما ههنا هو الألف، فينصرفُ إلى الوزن المعهودِ في كلٍّ منهما.

قيل: هذا يقتضي أن تنصرفَ الفضَّةُ إلى نقد البلدِ الذي وقعَ فيه العقد؛ لأنَّه هو المفهومُ المتعارَف.

---

(١) في النُّسخة المطبوعة زيادة: «مِن».

(٢) في (ش١) و(ش٢) و(ش٥) و(م١) و(م٢): «نِصفٌ».

(٣) ينظر: (٢/ ٣٥١).

(٤) أي: جاهلًا بكونه زيفًا.

وعند أبي يوسُفَ: يَرُدُّ مِثلَ زَيفِهِ، ويَرجِعُ بجَيِّدِهِ)؛ لأنَّ حقَّه في الوصف مُراعًى، ولا قيمةَ له، فوجبَ المصيرُ إلى ما ذكَرنا.

قلنا: الزَّيفُ من جنس حقِّه، ووجوبُ ردِّ(١) الزَّيفِ عليه ليأخُذَ الجيِّد: إيجابٌ له عليه[١]، ولم يُعهَد في الشَّرع مثلُه.

يرِدُ عليه: أنَّ مثلَ هذا في الشَّرع كثيرٌ[٢]، فإنَّ جميعَ تكاليفِ الشَّرعِ من هذا القَبيل؛ لأنَّها إيجابُ ضررٍ قليلٍ لأجل نفعٍ كثيرٍ.

ذخيرة العقبى

أقول: المرادُ منَ التَّعارُف(٢): هو التَّعارُفُ بالنِّسبة إلى كافَّة البلاد، وهذا المعنى إنَّما يتحقَّقُ في وزن السَّبعة، لا في نقد البلدِ كما لا يخفى، فليُتأمَّلْ.

[١] قولُه: (إيجابٌ له عليه) فيه أنَّ استعمالَ الإيجابِ في الأمور الاضطراريَّة، والظَّاهرُ أنَّ رأيَ الثَّاني أنَّه لو لم يرضَ بالزُّيوف، وطلبَ الجيِّدَ الذي هو حقُّه: يُمكنُ له أن يردَّه ويستردَّ الجيِّد، فوجوبُ الزَّيفِ على الدَّائن يتفرَّعُ على إيجابه الجيِّدَ على المديون، فلا مؤثِّرَ ههنا إلَّا هو، فأين هذا من معنى الإيجاب؟ فليُتأمَّلْ.

[٢] قولُه: (يُرَدُّ عليه: أنَّ مثلَ هذا في الشَّرعِ كثيرٌ) فيه نظرٌ؛ لأنَّه قياسٌ معَ الفارق؛ لأنَّ الضَّررَ في التَّكاليف الشَّرعيَّةِ دنيويٌّ؛ كصرفِ المالِ في طريق الحجِّ، ومشقَّةِ الصَّوم، والقيامِ في الصَّلاة مثلًا، وهي أمورٌ دينيَّةٌ(٣) خفيفةٌ بالنِّسبة إلى الحسَنات الأُخرويَّةِ المقابِلةِ لها؛ كالخلودِ في الجِنان، واستخدامِ الجواري والغِلمان؛ بل مشاهدةِ جمالِ الرَّحمن، فلا يجوزُ للعقلاء أن يتركوا هذه المنافعَ العظيمةَ هربًا عن

(١) «ردّ»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣).
(٢) في (ح٥): «المتعارف»، وكذا في الموضع الآتي.
(٣) في (ح١) و(ح٢) و(ح٣): «دنيويّة».

(ولو فَرَّخَ أو باضَ[١] طَيرٌ في أرضٍ(١)، أو تَكَسَّرَ ظَبيٌ(٢) فيها: فهو للآخِذِ) أي: لا يكونُ لصاحب الأرض؛ لأنَّ الصَّيدَ لمَن أخذ.

والمرادُ بتكسُّر الظَّبي: انكسارُ رجلِه، وإنَّما قال: «تكسَّرَ»؛ لأنَّه لو كسرَها أحدٌ(٣): يكونُ له لا للآخذ، وفي بعض الرِّوايات: «تكنَّسَ»؛ أي: دخل في الكِناس[٢]، وهو مأواه، بخلاف ما إذا أعدَّ صاحبُ الأرضِ أرضَه لذلك، وبخلاف ما إذا عسَّلَ النَّحلُ في أرضه[٣].

أمثال تلك المضرَّةِ القليلةِ شرعًا وعقلًا، بخلاف ما نحن فيه، فإنَّ الضَّررَ والنَّفعَ فيه دنيويَّان، فيجوزُ للعاقل أن يتركَ النَّفعَ فيه؛ بلِ التَّساهلُ في أمثال تلك المنافعِ الخسيسةِ عُدَّ من جنس الأخلاقِ الكريمة.

[١] **قولُه**: (ولو فَرَّخَ أو باضَ) أي: صار ذا فرخٍ وبَيضٍ.

[٢] **قولُه**: (في الكِناس) وهو - بكسر الكاف -: مكانُ الظَّبيِ في الشَّجر، يكتنُّ فيه ويستتر، كذا في «الصِّحاح»(٤).

[٣] **قولُه**: (بخلاف ما إذا عسَّلَ النَّحلُ في أرضِه)، فإنَّ العسلَ لصاحب الأرض؛ لأنَّه من زيادتها وفضلِها، والفرقُ بينَهما أنَّ العسلَ صار قائمًا بأرضه على وجه القرار، فصار تابعًا لها كالشَّجرِ النَّابتِ فيها، بخلاف الصَّيد، ولأنَّ العسلَ لا يحصلُ في مطلق المواضعِ وبمطلق الأغذية؛ بل بغذاءٍ خاصٍّ ومكانٍ خاصٍّ، فإذا عسَّلَ في

---

(١) في (ش٣) زيادة: «رجل».
(٢) الظَّبي: الغزال. «مختار الصِّحاح»: (ظ ب ي).
(٣) في (ش٤): «رجل».
(٤) «الصِّحاح»: (كنس).

(كصَيدٍ تَعَلَّقَ[١] بشَبَكَةٍ نُصِبَت للجَفافِ[٢]، ودِرهَمٍ أو سُكَّرٍ نُثِرَ فوَقَعَ على ثَوبٍ لم يُعَدَّ له، ولم يُكَفَّ) حتَّى إن[٣] أُعِدَّ الثَّوبُ لذلك: فهو لصاحب الثَّوب، وكذا إذا لم يُعَدَّ له، لكن لمَّا وقعَ في ثوبه و[٤]كَفَّه: صار بهذا الفعلِ له.

ذخيرة العقبى

أرضٍ: عُلِمَ أنَّه من نبات تلك الأرض[٥]، فيكونُ من أجزائها، فيكونُ لمالكها، كذا في «المعراجيَّة»[٦].

(١) في (ش١) و(ش٣) و(م١): «يعقل»، وفي (م٢): «يعقد».

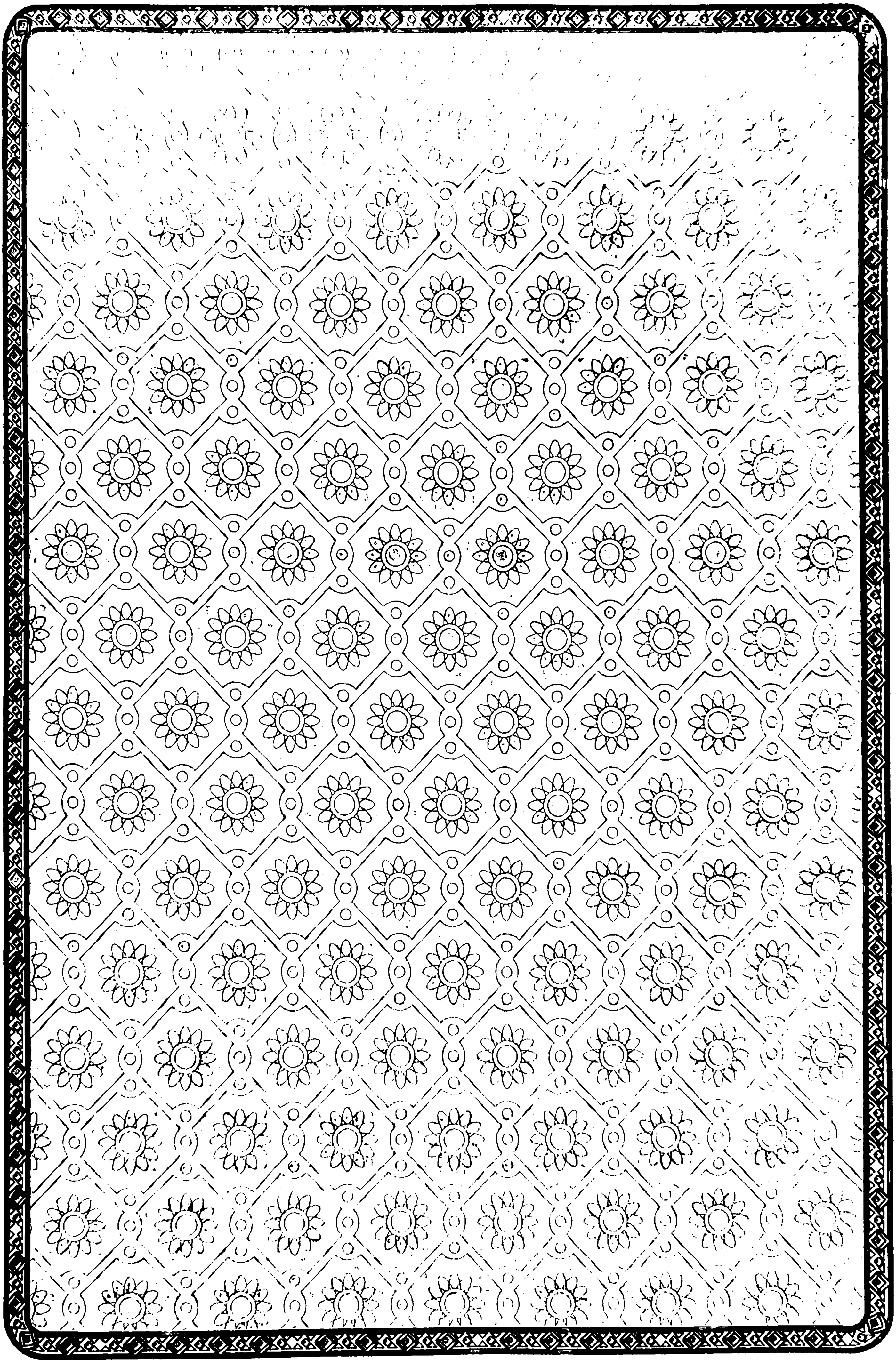
(٢) أي: بخلاف من نصب شبكةً للجفاف، فتعلَّق بها صيدٌ: فهو للآخذ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٢٩٥).

(٣) في (ش١): «إذا».

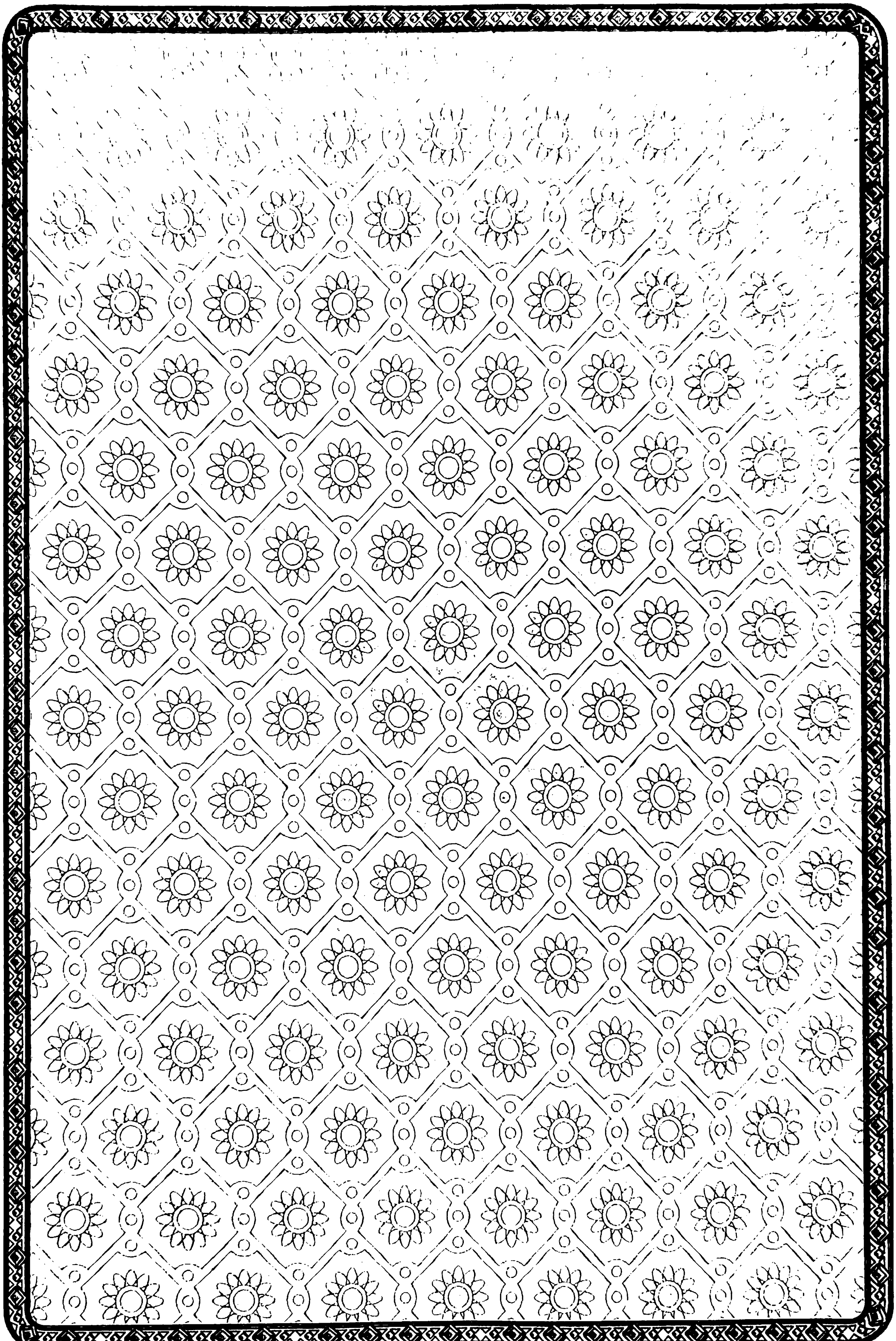
(٤) «في ثوبه و»: سقط من (ش٢) و(ش٤) و(ش٥).

(٥) ولهذا يجب في العسل العُشر إذا أُخِذَ من أرض العشر، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ١٣٠) (مِنهُ).

(٦) «معراج الدِّراية»: (٦/ ٢١٠).



كتاب الصرف



كتاب الصرف

(هو بَيعُ الثَّمَنِ بالثَّمَنِ جِنسًا بجِنسٍ أو بغيرِ جِنسٍ) كبيع الذَّهبِ بالذَّهب، وبيعِ الفضَّةِ بالفضَّة، وبيعِ الذَّهبِ بالفضَّة.

(وشُرِطَ فيهِ التَّقابُضُ[1] قبلَ الافتِراقِ[2]).

(وصَحَّ بَيعُ الذَّهَبِ بالفِضَّةِ بفَضلٍ وجُزافٍ).

ذخيرة العقبى

كتاب الصرف(1)

[1] **قولُه**: (وشُرِطَ فيه التَّقابُضُ) ولهذا قيل: وشروطُه إجمالًا: التَّقابضُ قبل الافتراق بَدَنًا، وأن لا يكونَ فيه خيارٌ ولا تأجيلٌ.

[2] **قولُه**: (قبلَ الافتِراقِ) يعني: أنَّ القبضَ في عوَض الصَّرفِ قبل الافتراق بَدَنًا(2): واجبٌ؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**يدًا بيدٍ**»(3)، ولأنَّه لا بدَّ من قبض أحدِهما؛ إخراجًا للعقد عنِ الدَّين بالدَّين، وذلك يستلزمُ قبضَ الآخرِ تحقيقًا للمساواة؛ نفيًا لتحقُّق الرِّبا؛ لأنَّ النَّقدَ خيرٌ منَ النَّسيئة، ولا فرقَ في ذلك بينَ أن يكونَ ممَّا يتعيَّنُ بالتَّعيين؛ كالمصوغِ والتِّبر، أو لا؛ كالمضروب، أو يتعيَّنُ أحدُهما دونَ الآخر.

---

(1) والأنسب أن يُعنونَ هذا بـ«الباب» كسائر أنواع البيوع؛ لأنَّه نوعٌ منها وإن أمكن أن تُذكرَ له توجيهاتٌ متعدِّدةٌ، فيُتأمَّل (مِنهُ).

(2) حتَّى لو مشيا إلى جهةٍ واحدةٍ*، أو ناما في المجلس، أو أُغميَ عليهما: لا يبطل الصَّرف، كذا في «العناية»: (٧/ ١٣٦) (مِنهُ).

* احترازٌ عن الجهتين، فإنَّه يفرِّق الأبدان (مِنهُ).

(3) أخرجه البخاريُّ (٢٤٩٧ - ٢٤٩٨) من حديث سليمان بن أبي مسلمٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(لا بَيعُ(١) الجِنسِ بالجِنسِ إلَّا مُساويًا[١] وإنِ اختَلَفا جَودَةً وصياغَةً) إنَّما ذكَرَ الفضلَ والجُزافَ ولم يذكُرِ التَّساويَ؛ لأنَّه لا شبهةَ في جواز التَّساوي، بلِ الشُّبهةُ في الفضل والجُزاف، فذكَرَهما.

(ولا التَّصَرُّفُ في ثَمَنِ الصَّرفِ قبلَ قَبضِهِ، فلو باعَ ذَهَبًا بفِضَّةٍ، وشَرى بها قبلَ قَبضِها ثَوبًا: فَسَدَ بَيعُ الثَّوبِ) أي: لوِ اشترى بثمن الصَّرفِ قبلَ قبضه ثوبًا:

ذخيرة العقبى

لا يُقال: إنَّ بيعَ الدَّينِ بالدَّين منتفٍ في المتعيِّن، فينبغي أن يصحَّ بلا قبضٍ.

لأنَّا نقول: إنَّ المصوغَ وإن كان يتعيَّن: ففيه شُبهةُ عدمِ التَّعيُّن؛ لكونه ثمنًا خِلقةً، فيُشترَطُ قبضُه اعتبارًا للشُّبهة في الرِّبا، كذا فُهِمَ من تقرير «الهداية»(٢).

[١] قولُه: (إلَّا مُتساويًا) يعني: أنَّه لا يجوزُ إذا لم يعرفِ المتعاقدانِ قدْرَهما وإن كانا متساويَينِ في الوزن في الواقع، فإنَّ العلمَ بتساويهما حالةَ العقدِ شرطُ صحَّتِه؛ لأنَّ الفضلَ حينئذٍ موهومٌ، والموهومُ في هذا البابِ كالمتحقَّق، والنَّبيُّ صَلَّىٰللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ لم يُرِدِ المماثلةَ في علم اللهِ تعالى؛ لأنَّه لا سبيلَ إلى ذلك، وإنَّما أرادَ المماثلةَ في علم العاقدَين، ولم يوجَدْ، فإن وزَنا في المجلس، وعلِما فيه تساويَهما: كان القياسُ أن لا يجوزَ؛ لوقوع العقدِ فاسدًا، ولا ينقلبُ جائزًا، لكنَّهُم استحسَنوا جوازَه؛ لأنَّ ساعاتِ المجلسِ كساعةٍ واحدةٍ(٣)، كذا في «الأكمليَّة»(٤).

---

(١) أي: لا يصحُّ بيع الجنس إلَّا أن يكونا متساويين. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٠٠).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٨١).

(٣) وقال زفر: إذا عُرِفَ التَّساوي بالوزن: جاز سواءٌ كان في المجلس أو بعده؛ لأنَّ الشَّرط هو المماثلة، والفرض وجودها في الواقع، والجواب ما قلنا: إنَّ المراد بها: ما هو في علمهما (مِنهُ).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٤١).

فسَدَ شراءُ الثَّوب[١].

(ومَن باعَ أمَةً[٢] تَعدِلُ ألفَ دِرهَمٍ معَ طَوقٍ قيمَتُهُ ألفٌ بألفَينِ، ونَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ ألفًا، أو باعَها بألفَينِ، ألفًا نسيئةً وألفا نَقدًا، أو باعَ سَيفًا حِليَتُه خمسونَ، وتُخَلَّصُ بلا ضَرَرٍ بمِئَةٍ، ونَقَدَ خَمسينَ: فما نَقَدَ ثَمَنُ الفِضَّةِ) وهو ألفٌ في بيع الأمَة، والخمسون في بيع السَّيف (سَكَتَ، أو قالَ: «خُذ هذا مِن ثَمَنِها(١)») أمَّا إذا سكت: فظاهرٌ؛ لأنَّه لمَّا باع: فقد قصدَ الصِّحَّة، ولا صحَّةَ إلَّا بأن يُجعَلَ المقبوضُ في مقابَلة الفضَّة[٣].

---

[١] قولُه: (فسَدَ شراءُ الثَّوب) والقياسُ يقتضي جوازَه؛ لأنَّ الدَّارهمَ لا تتعيَّنُ عينًا كان أو دَينًا، فيُصرَفُ العقدُ إلى مطلق الدَّراهم؛ إذِ الإطلاقُ والإضافةُ إلى بدل الصَّرفِ إذ ذاك سواءٌ، لكنَّا نقول: الثَّمنُ في باب الصَّرفِ مَبيعٌ؛ لأنَّه بيعٌ، ولا بدَّ من مَبيعٍ، وما ثَمَّةَ سوى الثَّمنَين، وليس أحدُهما أولى بكونه مَبيعًا، فيُجعَلُ كلُّ واحدٍ مَبيعًا من وجهٍ، ثمنًا من وجهٍ وإن كانا ثمنَينِ خِلقةً، وبيعُ المَبيعِ قبل القبض: لا يجوز، كذا في «العناية»(٢).

[٢] قولُه: (ومَن باعَ أمَةً) شروعٌ لبيان أنَّ الجمعَ بينَ النَّقدَينِ وغيرِهما(٣) في البيع لا يُخرِجُ النُّقودَ عن كونها صرفًا بما يُقابلُها منَ الثَّمن.

[٣] قولُه: (في مقابَلةِ الفضَّة)؛ لأنَّ قبضَ حِصَّةِ الطَّوقِ في المجلس: واجبٌ حقًّا للشَّرع؛ لكونه بدلَ الصَّرف، وقبضُ ثمنِ الجاريةِ ليس بواجبٍ، ولا معارضةَ بينَ الواجبِ وغيرِه.

---

(١) في (م١) و(م٢): «ثمنهما».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٣٩).

(٣) في (ح١) و(ح٢) و(ح٤): «وغيرها».

أمَّا إذا قال: «خذ هذا من ثمنها»: فإنَّه ليس معناه: خذ هذا على أنَّه ثمنُ مجموعِهما؛ لأنَّ ثمنَ المجموعِ ألفانِ في الجارية، والمئةُ في السَّيف، فمعناه: خذ هذا على أنَّه بعضُ ثمنِ مجموعِهما، وثمنُ الفضَّةِ بعضُ ثمنِ المجموع، فيُحمَلُ عليه؛ تحرِّيًا للجواز.

(فإنِ افترَقا بلا قَبضٍ: بَطَلَ في الحِليَةِ فقط، وإن لم يَتَخَلَّصْ بلا ضَرَرٍ(١): بَطَلَ أصلًا) أي: إن لم يتخلَّصِ الفضَّةُ مِنَ السَّيف بلا ضررٍ، وافترَقا بلا قبضٍ: بطلَ في كلَيهما، ووجدتُ في «حاشيةِ نسخةِ المصنِّف» مع علامة «صحَّ»، لكن لا بخطِّ المصنِّفِ هذا الإلحاق، وهو هذا التَّفصيل: إذا كانَ الثَّمنُ أكثرَ مِنَ الحِلية، فإن لم يكن: لا يصحُّ.

فقوله: و«إن لم يكُن» يشتمِلُ ما إذا كان الثَّمنُ مُساويًا للحِلية، أو أقلَّ منها، أو لا يُدرى، فإنَّه لا يجوزُ البيع؛ إمَّا لتحقُّق الرِّبا، أو لشُبهته.

(ومَن باعَ إناءَ فِضَّةٍ وقَبَض بعَض ثَمَنِهِ، ثُمَّ افترَقا: صَحَّ فيما قَبَض فقط، واشترَكا في الإناءِ) أي: صحَّ البيعُ فيما قبضَ ثمنَه، وفسدَ فيما لم يقبِض، ولا يشيعُ الفسادُ كما ذكَرنا في باب السَّلَمِ(٢) أنَّ الفسادَ طارئٌ[١].

(وإنِ استُحِقَّ بَعضُهُ: أَخَذَ المُشتَري باقيَهُ بحِصَّتِهِ أو رَدَّهُ) أي: إنِ استُحِقَّ بعضُ الإناء: فالمشتري بالخيار؛ لأنَّ الشَّركةَ عيبٌ في الإناء، وفي صورة قبضِ

---

[١] قولُه: (أنَّ الفسادَ طارئٌ)؛ لأنَّه يصحُّ ثمَّ يبطلُ بالافتراق، فالصَّفقةُ تامَّةٌ، فلا يلزمُ تفريقُ الصَّفقةِ قبل تمامها.

---

(١) قوله: «بلا ضرر»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(م١) و(م٢).

(٢) ينظر: (٤/ ٢٠٣).

بعضِ الثَّمنِ: قد تثبتُ الشَّركة، لكن لا يكونُ للمشتري الرَّدُّ بهذا العيبِ في الإناء(1)؛ لأنَّه ثبتَ برضاء المشتري؛ لأنَّ الشَّركةَ إنَّما تثبتُ لأنَّه نقدَ بعضَ الثَّمنِ دونَ البعض، فتراضَيا بهذا العيب[1]، بخلاف الاستحقاق؛ إذِ المشتري لم يرضَ به، فله ولايةُ الرَّدِّ.

(ولوِ استُحِقَّ بَعضُ قِطعَةِ نُقرَةٍ[2] بيعَت: أخذَ ما بَقيَ بحِصَّتِهِ بلا خِيارٍ)؛ لأنَّ الشَّركةَ ليست بعيبٍ في قطعة النُّقرة؛ لأنَّ التَّبعيضَ لا يضُرُّه.

(وصَحَّ بَيعُ دِرهَمَينِ ودينارٍ بدِرهَمٍ ودينارَينِ، وبَيعُ كُرِّ بُرٍّ وكُرِّ شَعيرٍ بكُرَّي بُرٍّ وكُرَّي شَعيرٍ) هذا عندنا.

وأمَّا عند زُفرَ والشَّافعيِّ(2): فلا يجوز؛ لأنَّه قابَلَ الجملةَ بالجملة، ومن ضرورته الانقسامُ على الشُّيوع[3]، وفي صرف الجنسِ إلى خلاف الجنسِ تغيُّرُ تصرُّفِه.

---

[1] قولُه: (فتراضَيا بهذا العيبِ(3))؛ لأنَّ قَبولَ البائعِ بعضَ الثَّمنِ رضًى بالاشتراك كإعطاءِ المشتري إيَّاه، فيوجَدُ الرِّضى منَ الطَّرفَين.

[2] قولُه: (قِطعَةِ نُقرَةٍ) المرادُ منَ النُّقرة: قطعةُ فضَّةٍ مذابةٍ، فإضافةُ القطعةِ إلى النُّقرة من باب إضافةِ العامِّ إلى الخاصِّ.

[3] قولُه: (على الشُّيوع) أي: لا على التَّعيين، ومعنى الشُّيوع: هو أن يكونَ لكلِّ

---

(1) قوله: «في الإناء»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).
(2) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٢/ ٤١٦).
(3) وأيضًا إنَّ العيب ههنا حدث بصنعٍ منه، وهو الافتراق لا عن قبضٍ (مِنهُ).

قلنا: المقابلةُ المطلَقةُ تحتمِلُ الصَّرفَ المذكور[١]، وليس فيه تغييرُ تصرُّفِه[٢]؛ لأنَّ موجَبَه ثبوتُ الملكِ في الكلِّ بمقابلة الكلِّ، فيكونُ درهمانِ في مقابَلة الدِّينارَين، والدِّينارُ في مقابَلة الدِّرهم، ويكونُ كُرُّ البُرِّ في مقابلة كُرَّي الشَّعير، وكذا كُرُّ الشَّعيرِ في مقابَلة كُرَّي البُرِّ.

ذخيرة العقبى

منَ البدلَينِ حظٌّ من جملة الآخر(١)، كذا في «الأكمليَّة»(٢).

[١] **قولُه**: (تحتمِلُ الصَّرفَ المذكور) يعني: مقابلةَ الفردِ بالفرد، فكان جائزَ الإرادة، فينبغي أن يكونَ مراداً، أمَّا كونُه جائزَ الإرادة: فلأنَّ كلَّ مطلَقٍ يحتملُ المقيَّدَ لا محالة، ولهذا لو باع كُرَّ حِنطةٍ بكُرَّيها: فسد؛ لأنَّ الكُرَّ قابلَ الكُرَّ، وفضَلَ الآخر، وأمَّا وجوبُ أن يكونَ مرادًا: فلأنَّه طريقٌ متعيِّنٌ لتصحيح العقد، فيجبُ سلوكُه.

[٢] **قولُه**: (وليسَ فيه تغييرُ تصرُّفِه) يعني: إن كان المرادُ منَ التَّغيُّر في قولهما: «وفي صرف الجنسِ إلى خلافه تغييرُ وصفِ التَّصرُّف»: فمسلَّمٌ، ولكن لا نُسلِّمُ كونَه مانعًا عنِ الجواز؛ بل جوازُ التَّغييرِ في الوصف اتِّفاقيٌّ، كما إذا باع نصفَ عبدٍ مشترَكٍ بينَه وبينَ غيرِه: ينصرفُ إلى نصيبه تصحيحًا لتصرُّفه وإن كان في ذلك تغييرُ وصفِ التَّصرُّفِ منَ الشُّيوع إلى معيَّنٍ، وإن كان المرادُ تغييرَ أصلِ التَّصرُّف: فلزومُه ممنوعٌ؛ لأنَّ موجَبَه الأصليَّ ثبوتُ المِلكِ في الكلِّ بمقابلة الكلِّ، وهو باقٍ على حاله لم يتغيَّر.

---

(١) أي: ينقسم كلُّ بدلٍ من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب، وكذا كلُّ بدلٍ من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٢٦٨) (مِنهُ).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٤٤).

(وبَيعُ أحَدَ عَشَرَ دِرهَمًا بعَشَرَةِ دَراهِمَ ودينارٍ) أي: بأن يكونَ عشَرةُ دراهمَ[١] بعشَرةِ دراهم، بقيَ درهمٌ في مقابَلة دينارٍ.

(وبَيعُ دِرهَمٍ صَحيحٍ ودِرهَمَينِ غَلَّةً بدِرهَمَينِ صَحيحَينِ ودِرهَمٍ غَلَّةٍ) **الغلَّة**: ما يرُدُّه بيتُ المال[٢]، ويأخذُه التُّجّار، وإنَّما يجوزُ هذا؛ لتحقُّق التَّساوي في الوزن، وسقوطِ اعتبارِ الجَودة.

(وبَيعُ مَن عليه عَشَرةُ دَراهِمَ ممَّن هي لهُ دينارًا بها مُطلَقَةً إن دَفَعَ الدِّينارَ وتَقاصَّا(١) العَشَرَةَ بالعَشَرَةِ) أي: لزيدٍ على عمرٍو عشَرةُ دراهم، فباع عمروٌ دينارًا من زيدٍ بعشَرةٍ مطلَقةٍ؛ أي: لم يُضفِ العقدَ بالعشَرة التي على عمرٍو: صحَّ البيعُ إن دفعَ عمروٌ الدِّينار، فصار لكلِّ واحدٍ منهما على الآخَر عشَرةُ دراهمَ، فتقاصَّا العشَرةَ بالعشَرة، فيكونُ هذا التَّقاصُّ فسخًا للبيع الأوَّل، وهو بيعُ الدِّينارِ بالعشَرة

[١] **قولُه**: (بأن يكونَ عشَرةُ دراهمَ... إلخ)؛ لأنَّ شرطَ الصَّرفِ التَّماثل، وهو موجودٌ ههنا ظاهرًا؛ إذِ الظَّاهرُ من حال البائع: إرادةُ هذا النَّوعِ منَ المقابلة حملًا على الصَّلاح، وهو الإقدامُ على العقد الجائزِ دونَ الفاسد.

[٢] **قولُه**: (ما يرُدُّه بيتُ المال) يعني: إذا وجدَ آخذُ الصَّدقاتِ من أموال الأحياءِ دراهمَ غلَّةً: له أن يردَّها ويطلبَ دراهمَ صحيحةً، وإنَّما خُصَّت أموالُ الأحياءِ بالذِّكر؛ لأنَّ تصوُّرَ الرَّدِّ من بيت المالِ في أموال الأموات: لا يخلو عن نوع إشكالٍ(٢).

---

(١) في (ش١) زيادة: «ويستحق».

(٢) حتَّى استطلعته عن الشَّيخين تغمَّدها الله بغفرانه، وبوَّأهما في فراديس جنانه، ولم يصدر من أحدهما ما لعليل شفاءٌ، ولا لغليلٍ إرواءٌ، إلى أوان الاستعداد بسعادة الملاقاة لقطب العارفين ابن القطب الأزنيقيِّ، فسمعت مِن فيه المنيف ما سطَّرناه (مِنهُ).

المطلَقة، وبيعًا للدِّينار بالعشَرةِ التي على عمروٍ؛ إذ(١) لو لم يُحمَل على هذا: لكان استبدالًا ببدل الصَّرف، هذا إذا باع الدِّينارَ بالعشَرة المطلَقة، أمَّا إذا باعَه بالعشَرة التي له على عمروٍ: صحَّ، وتقعُ المُقاصَّةُ بنفس العقد.

(فإن غَلَبَ عِلى الدَّراهِمِ الفِضَّةُ، وعلى الدِّينارِ(٢) الذَّهَبُ: فهُما فِضَّةٌ وذَهَبٌ حُكمًا، فلم يَجُز بَيعُ الخالِصَةِ بِهِ(٣)، ولا بَيعُ بَعضِهِ ببَعضٍ إلَّا مُتَساوِيًا وَزنًا.

وإن غَلَبَ عليهِما(٤) الغِشُّ: فهُما في حُكمِ عَرَضَينِ، فبَيعُهُ بالفِضَّةِ الخالِصَةِ على وُجوهِ حِليَةِ السَّيفِ) أي: إن كانتِ الفضَّةُ الخالصةُ مثلَ الفضَّةِ التي في الدَّراهم، أو أقلَّ، أو لا يُدرى: لا يصحُّ، وإن كانت أكثرَ: يصحُّ إن لم يتفرَّقا بلا قبضٍ.

(وبِجِنسِهِ مُتَفاضِلًا: صَحَّ بشَرطِ القَبضِ في المَجلِسِ(٥)) وإنَّما يصحُّ؛ صرفًا للجنس إلى خلاف الجنس؛ لأنَّه في حُكمِ شيئين، فضَّةٍ وصُفرٍ(٦)، فإذا شُرِطَ القبضُ في الفضَّة[١]: يُشترَطُ في الصُّفر؛ لعدم التَّميُّز.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فإذا شُرِطَ القبضُ في الفضَّة... إلخ) يعني: الظَّاهرُ أن لا يُشترَطَ فيه التَّقابضُ بالنِّسبة إلى الفضَّة؛ لأنَّه إذا صُرِفَ الجنسُ إلى خلافه: لم يبقَ صرفًا، وشرطُ التَّقابضِ مبنيٌّ عليه.

---

(١) في (ش٢): «إذا». (٢) في (ش٤): «الدنانير».

(٣) أي: بالمغشوش. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٣٧).

(٤) أي: الدَّراهم والدَّنانير. «درر الحكَّام»: (٢/ ٢٠٤). و«عليهما»: سقط من (ش٣) و(م١) و(م٢).

(٥) أي: إن بيعت الدَّراهم التي غلب غشُّها بجنسها متفاضلًا: صحَّ ذلك البيع. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣١٢).

(٦) الصُّفر: ضربٌ من النُّحاس، وهو جيدُهُ.

(وإن شَرى بالدَّراهِمِ المَغشوشَةِ[١] أوِ الفُلوسِ النَّافِقَةِ(١): صَحَّ، فإن كَسَدَتْ: بَطَلَ[٢]) أي: كَسَدَتْ قبلَ تسلُّمها: بطل، هذا(٢) عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يبطُل.

فعند أبي يوسُف: يجبُ قيمتُها يومَ البيع.

ذخيرة العقبى

وأمَّا وجهُ شرطِ التَّقابضِ حينئذٍ بأنْ صُرِفَ إلى خلاف جنسِه: ضرورةُ صحَّةِ العقد، والثَّابتُ بالضَّرورة لا يتعدَّى، فبقيَ العقدُ فيما وراءَ ذلك صرفًا، فاشتراطُ القبضِ في المجلس؛ لوجود الفضَّةِ منَ الجانبَين.

وأمَّا وجهُ اشتراطِ التَّقابضِ بالنِّسبة إلى الصُّفر: فامتناعُ التَّميُّزِ بينَهما بلا ضررٍ، وهذا يُشيرُ إلى أنَّ الاستهلاكَ إنَّما يتحقَّقُ عند عدم التَّميُّز، كذا في «الأكمليَّة»(٣).

[١] قولُه: (بالدَّراهِمِ المَغشوشَةِ) أي: المخلوطةِ بالصُّفر والنُّحاسِ أو غيرِهما.

[٢] قولُه: (فإن كَسَدَتْ: بَطَلَ) وفي «الهداية»(٤) فسَّرَ الكسادَ بترك النَّاسِ المعاملةَ بها، ولم يذكرْ أنَّه في كلِّ البلاد، أو في البلد الذي وقعَ فيه العقد.

ونُقِلَ عن «عيون المسائل»(٥) أنَّ عدمَ الرَّواجِ إنَّما يوجبُ فسادَ البيعِ إذا كانت لا تروجُ في جميع البلدان؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ هالكًا، ويبقى البيعُ بلا ثمنٍ، وأمَّا إذا كان في هذه البلدةِ فقط: لا يفسدُ البيع؛ بل تعيَّب، فكان للبائع الخيار، إن شاء قال:

---

(١) أي: الرَّائجة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٣٨).

(٢) «هذا»: سقط من (ش٢) و(ش٣).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٥٢).

(٤) «الهداية»: (٣/ ٨٥).

(٥) «عيون المسائل»: (ص٣٦٦).

وعند محمَّدٍ: آخرُ ما يتعاملُ به النَّاس[١].

(ولوِ استَقرَضَ فُلوسًا فكَسَدَت: يَجِبُ مِثلُها) هذا عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسُف: يجبُ قِيمتُها يومَ القبض.

وعند محمَّدٍ: يومَ الكساد، كما مرَّ.

(ومَنِ اشتَرى شَيئًا(١) بنِصفِ دِرهَمٍ فُلوسٍ، أو دانِقٍ[٢] فُلوسٍ، أو قيراطٍ(٢) فُلوسٍ: صَحَّ، وعليه(٣) ما يُباعُ بنِصفِ دِرهَمٍ، أو دانِقٍ، أو قيراطٍ منها(٤)) أي:

ذخيرة العقبى

«أعطني مثلَ النَّقدِ الذي وقع عليه البيع»، وإن شاء: أخذَ قيمةَ ذلك دنانيرَ(٥).

[١] **قولُه**: (آخرُ ما يتعاملُ به النَّاس) وهو يومُ الكساد، لأنَّه يومُ الانتقالِ إلى القيمة؛ لأنَّ المسمَّى كان واجبَ التَّسليمِ إلى أن ينقطع، فإذا انقطع: انتقلَ إلى القيمة للتَّعذُّر، فتُعتبرُ قيمتُه يومئذٍ، كذا في «التَّبيين»(٦).

[٢] **قولُه**: (أو دانِقٍ) وفي «المُغرب»(٧): ((وبالفتح والكسر: قيراطان، والجمعُ دَوانِقُ ودوانيقُ))، في «الصِّحاح»(٨): ((الدَّانَق والدَّانِق: سُدُسُ الدِّرهم))،

(١) «شيئًا»: سقط من (ش٣) و(ش٤) و(م١) و(م٢).

(٢) القيراط: معيارٌ في الوزن والمساحة اختلفت مقاديره باختلاف الأزمنة. «معجم لغة الفقهاء»: (ص ٣٧٣).

(٣) أي: على المشتري. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٣٩).

(٤) أي: من الفلوس. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٣٩).

(٥) تمام تقرير الكلام مذكورٌ بتفاصيله في «العناية»: (٧/ ١٥٤)، فليُنظَر ثمَّة (مِنهُ).

(٦) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٤٢).

(٧) «المغرب»: (دنق).

(٨) «الصِّحاح»: (دنق).

اشترى بنصف درهمٍ(١)، أو دانقٍ، أو قيراطٍ على أن يُعطيَ عوضَ ذلك الثَّمنِ فلوسًا: صحَّ، وعلى المشتري مِنَ الفُلوسِ ما يُعطى في مقابَلةِ ذلك الثَّمن، والقيراطُ عند الحُسَّابِ: نصفُ عُشرِ المثقال.

وعند زُفر: لا يجوزُ هذا البيع؛ لأنَّ الفلوسَ عدديَّةٌ، وتقديرُها بالدَّوانق ونحوِه يُنبئُ عنِ الوزن.

ولنا: أنَّ الثَّمنَ هو الفلوس، وهي معلومةٌ.

(ولو قال لمَن أعطاهُ دِرهَمًا[١]: «أعطِني بنِصفِهِ فُلوسًا، وبنِصفِهِ نِصفًا[٢] إلَّا حَبَّةً»: فَسَدَ البَيعُ أصلًا) أي: أعطِني بنصفه فُلوسًا، وبنصفِه ما ضُرِبَ مِنَ الفضَّة على وزنِ نصفِ درهمٍ إلا حبَّةً، فيلزمُ الرِّبا.

(بخِلافِ: «أعطِني نِصفَ دِرهَمٍ فُلوسًا، ونِصفًا إلَّا حَبَّةً») أي: أعطاه الدِّرهم، وذكرَ الثَّمنَ ولم يقسِمه على أجزاء الدِّرهم(٢)[٣] (فالنِّصفُ إلَّا حَبَّةً بمِثلِه، وما بَقيَ بالفُلوسِ).

والقيراطُ إذن: نصفُ دانقٍ، كذا في «الكفاية»(٣).

[١] **قولُه:** (لمَن أعطاه دِرهَمًا) أي: كبيرًا.

[٢] **وقولُه:** (وبنِصفِهِ نِصفًا) أي: درهمًا صغيرًا وزنُه نصفُ درهمٍ كبيرٍ إلَّا حبَّةً، كذا في «الأكمليَّة»(٤).

[٣] **قولُه:** (ولم يقسِمْه على أجزاءِ الدِّرهم) يعني: الفرقُ بينَ هذه المسألةِ وبينَ المسألةِ الأولى، حيثُ صحَّتْ هذه، وبطلتْ تلك: أنَّه لم يُكرِّرْ لفظَ «بنصفه» ههنا؛

(١) في (ش٢) زيادة: «أو دنانير».
(٢) قوله: «أي: أعطاه الدرهم، وذكر الثمن ولم يقسمه على أجزاء الدرهم»: سقط من (ش٣).
(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٢٨١).
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٦٠).

(ولو كَرَّرَ: «أعطِني»: صَحَّ في الفُلوسِ فقط) أي: كرَّرَ لفظةَ: «أعطِني» في الصُّورة الأولى، وهي تقسيمُ الدِّرهم: صحَّ في الفلوس[١]، ولم يصحَّ في الدِّرهم إلا حبَّةً؛ لأنَّه لمَّا كرَّرَ: «أعطِني»: صار بيعَين.

ذخيرة العقبى

بل قابلَ الدَّراهمَ بما يُباعُ منَ الفلوس بنصف درهمٍ، وبنصفِ درهمٍ إلَّا حبَّةً، فيكونُ نصفُ درهمٍ إلَّا حبَّةً بمثله، والباقي بإزاء الفلوس.

[١] قولُه: (صحَّ في الفلوس) أي: بالإجماع من أئمَّتنا الثَّلاث؛ لأنَّه عقدان، وفسادُ أحدِهما لا يوجبُ فسادَ الآخر، كما لو قال: «بعني بنصف [هذه](١) الألفِ عبدًا، وبنصفها دَنًّا منَ الخمر»، فإنَّ البيعَ(٢) في العبد صحيحٌ، وفي الخمر فاسدٌ، ولم يشْعِ الفسادُ؛ لتفرُّق الصَّفقة.

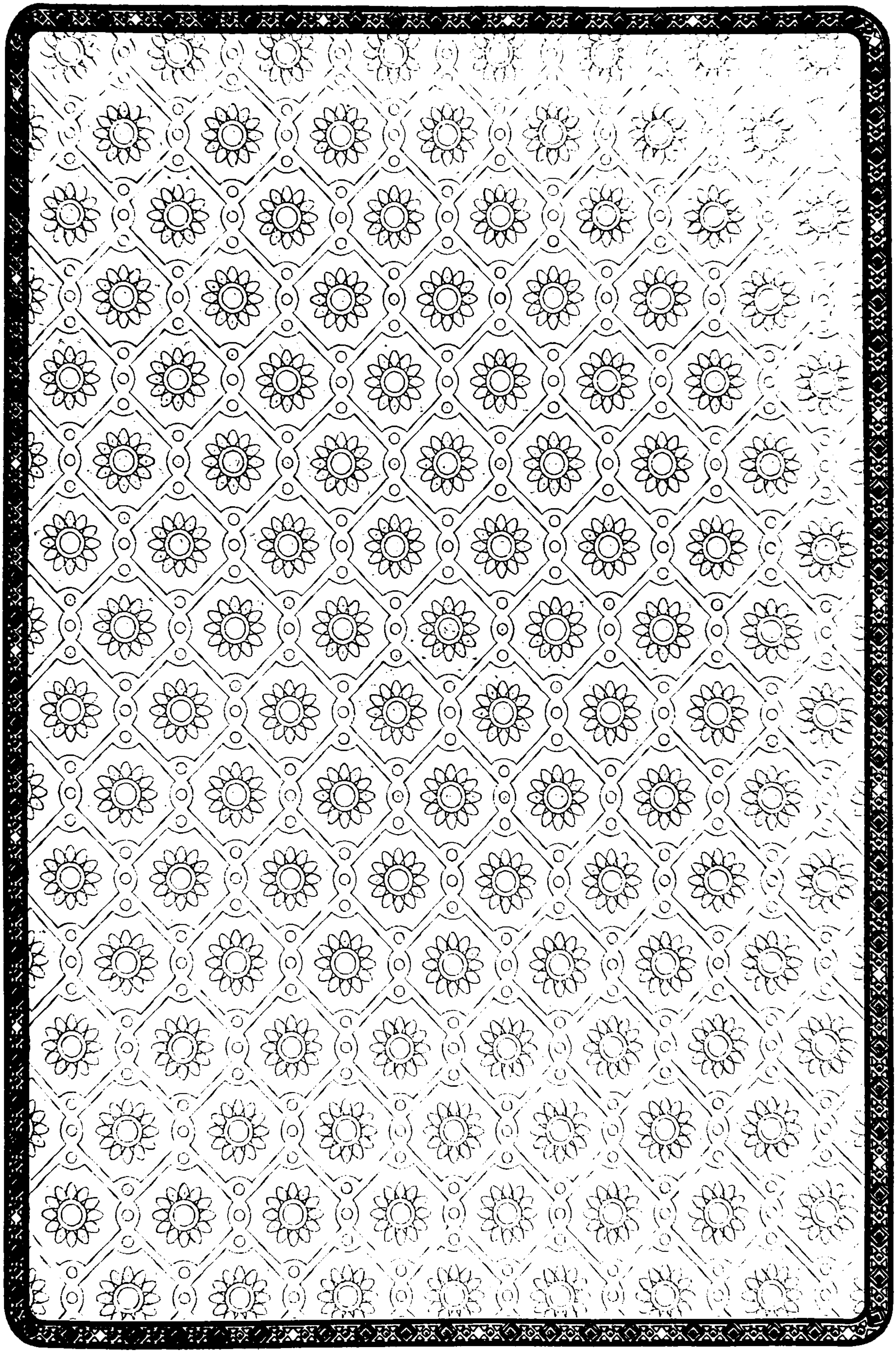
وحُكيَ عن بعض العلماء(٣): أنَّ العقدَ لا يصحُّ ههنا أيضًا وإن كرَّرَ لفظَ الإعطاء؛ لاتِّحاد الصِّفقة؛ لأنَّ قولَه: «أعطني» مساوَمةٌ، وبتكرارها لا يتكرَّرُ البيع، وهذا لأنَّ بذكر المساوَمةِ لا ينعقدُ البيع، فإنَّ مَن قال لآخر: «بعني»، فقال: «بعتُ»: لا ينعقدُ البيعُ ما لم يقلِ الآخر: «اشتريت»، وإذا لم ينعقدْ بالمساوَمة: فكيف يتكرَّرُ بتكرارها؟

قيل: ما في المتن هو الصَّحيح(٤)(٥)، واللهُ أعلم.

---

(١) في جميع النُّسخ: «هذا»، والمثبت الصَّواب.
(٢) في (ح٢): «العقد».
(٣) يعني: الفقيهَ أبا جعفرٍ الهِندوانيَّ، والفقيهَ المظفَّرَ [ابن المَيَّان]، والشَّيخ الإمام شيخ الإسلام، كذا في «العناية»: (٧/ ١٦٠) (مِنهُ).
(٤) لأنَّ المتبادَرَ من تكرار «أعطني»: تكرار العقد كما لا يخفى (مِنهُ).
(٥) كذا في «الكفاية»: (٦/ ٢٨١)، و«العناية»: (٧/ ١٦٠) (مِنهُ).

كتاب الكفالة



كتاب الكفالة(١)

(هي ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ في المُطالَبَةِ، لا في الدَّينِ، هو الأَصَحُّ) وعند البعض: هي ضمُّ الذِّمَّةِ إلى الذِّمَّة في الدَّين؛ لأنَّه لو لم يثبُتِ الدَّينُ: لم تثبُتِ المطالَبةُ[١]،

كتاب الكفالة

وهي لغةً: الضَّمُّ، قال اللهُ تعالى: ﴿وكفَلَها زكرياءُ﴾ [آل عمران: ٣٧] بتخفيف الفاءِ ورفعِ (زكريَّاء)(٢)؛ أي: ضمَّ زكرياءُ مريمَ إلى نفسه.

[١] قولُه: (لم تثبُتِ المطالَبة)؛ لأنَّها إذا كانت بإيفاء(٣) الدَّين: يكونُ فرعًا لوجوب الدَّينِ لا محالة، ولا يُتصوَّرُ الفرعُ بدون الأصل، وليس من ضرورة ثبوتِ الدَّينِ في ذمَّة الكفيلِ معَ بقائه في ذمَّة الأصيلِ ما يوجبُ زيادةَ حقِّ الطَّالب؛ لأنَّ الاستيفاءَ لا يكونُ إلَّا من أحدهما؛ كالغاصبِ معَ غاصبِ الغاصب، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ للقيمة، ولا يكونُ حقُّ المغصوبِ منه إلَّا في قيمةٍ واحدةٍ؛ لأنَّه لا يُستوفى إلَّا من أحدهما.

---

(١) كتب على هامش (ش٤): «الكَفالة: أولها نَدامة، وأوسطها مَلامة، وآخرها غَرامة».

(٢) وقرئ بتشديد الفاء كما هو المشهور في ديارنا، وزكريًّا مقصورٌ ومنصوبٌ على أنَّه مفعولٌ، والفاعل هو الله تعالى؛ أي: جعله كافلًا لها وضامنًا لمصالحها، كذا في «الكشَّاف»: (١/ ٣٥٨)، والقاضي: (٢/ ١٥) (مِنهُ).
قرأ بالتَّخفيف والرَّفع وممدودًا: ابن كثيرٍ ونافعٌ وأبو عمرٍو وابن عامرٍ. يُنظَر: «السَّبعة في القراءات»: (ص ٢٠٤).

(٣) في (ح٢) و(ح٥): «بإبقاء»، وفي (ح٣): «تابعًا».

والأصحُّ الأوَّل[١]؛ لأنَّ الدَّينَ لا يتكرَّر[٢]، فإنَّه لو أوفاه أحدُهما: ....

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (والأصحُّ الأوَّل)؛ لأنَّ الكفالةَ كما تصحُّ بالمال: تصحُّ بالنَّفس، ولا دَينَ ثمَّة، وكما تصحُّ بالدَّينِ: تصحُّ بالأعيان المضمونةِ بنفسها(١) كما سيجيء(٢)، كذا في «العناية»(٣).

أقول: هذا التَّعليلُ يُعطي عدمَ صحَّةِ الثَّاني مع أنَّ مقتضى صيغةِ التَّفضيلِ صحَّتُه، اللَّهمَّ إلَّا أن يُلغى(٤) معنى الأفضليَّةِ فيها كما صرَّحَ به في «شرح المفتاح»(٥)، فكأنَّه قال: الصَّحيحُ الأوَّل(٦)، فاندفعَ ما ذكرَه الأستاذُ الفاضلُ في «شرح غُررِه»(٧).

[٢] **قولُه**: (لأنَّ الدَّينَ لا يتكرَّر) يعني: لو ثبتَ الدَّينُ في ذمَّة الكفيلِ ولم يبرأِ الأصيل: صار الدَّينُ الواحدُ دينَين.

اعترِضَ عليه: بما إذا وهبَ المكفولُ له دينَه للكفيل: يملكُه ويرجعُ به الكفيلُ على الأصيل ولو لم يجعلِ الدَّينَ عليه لِما يملكُ كما قبل الكفالة؛ لأنَّ تمليكَ الدَّينِ من غير مَن عليه الدَّينُ لا يجوز.

---

(١) في «العناية»: ((لنفسها)).

(٢) ينظر: (٤/ ٢٦٠).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٦٣).

(٤) قوله: «اللَّهمَّ إلَّا أن يُلغى.. إلخ»، هذا مخالفٌ لاصطلاح الفقهاء، فإنَّهم لا يستعملون الأصحَّ في معنى الصَّحيح؛ بل في مقابلة الصَّحيح، تدبَّر «مجمع الأنهر»: (٢/ ١٢٤). من هامش (ح٥).

(٥) حيث قال: ((لا صحَّة للثَّاني أصلا، فيكون الأوَّل أصحَّ؛ لخروج الكفالة بالنَّفس عنه، مع أنَّهم قسَّموها بعد التَّعريف إلى الكفالة بالنَّفس والمال)) (مِنهُ).

(٦) يؤيِّده قول «الأكمل»: (٧/ ٢٠٨) في شرح قول صاحب «الهداية»: (٣/ ٩٣) «وإن ربح الكفيل فيه: فهو لا يتصدَّق به» طعنًا على صاحب «النِّهاية»*، ولكن لا يوافق ما تقدَّم من أنَّ الصَّحيح أنَّ الكفالة ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في المطالبة، مع أنَّ المتقدِّم هنا لفظ الأصحِّ (مِنهُ). * «النِّهاية»: (٧/ ٢٨٩)، حيث قال: ((وهذا موافقٌ لبعض عبارة الكتاب ظاهرًا، والمسائل المستشهَد بها)).

(٧) «درر الحكَّام»: (٢/ ٢٩٥) حيث قال: ((أقول: لا صحَّة للأوَّل)).

لا يبقى على الآخَر شيءٌ[١].

(وهي ضَربانِ: بالنَّفسِ، والمالِ).

[الكفالةُ بالنَّفس]

(فالأوَّلُ يُعقَدُ بـ: «كَفَلتُ بنَفسِهِ»، ونَحوِها مِمَّا يُعَبَّرُ به عن بَدَنِهِ(١)[٢]، وبـ: «نِصفِهِ»، أو بـ: «ثُلُثِهِ»(٢)، وبـ: «ضَمِنتُهُ»، أو: «عليَّ»، أو: «إليَّ»، أو: «أنا به زَعيمٌ»، أو: «قَبيلٌ»(٣)).

(ويَلزَمُهُ إحضارُ المَكفولِ به إن طَلَبَ المَكفولُ لهُ(٤)، فإن لم يُحضِرهُ: حَبَسَهُ

ذخيرة العقبى

أُجيب: بأنَّه قياسٌ معَ الفارق؛ لأنَّ الهبةَ لمَّا صدرَت منَ العاقل: جعَلْنا الدَّينَ حينئذٍ على الكفيل، وجعلناه في حكم دَينَيَنِ؛ لضرورة تصحيحِ تصرُّفِه، وأمَّا قبل صدور الهبة: فلا ضرورة، فلا يُجعَلُ في حكم دَينَين.

[١] قولُه: (لا يَبقى على الآخَرِ شيءٌ)، وقد مرَّ أنَّ ثبوتَ الدَّينِ في ذمَّتهما معًا لا يوجِبُ زيادةَ حقِّ الطَّالب، فلا يلزمُ من تكرُّر الدَّينِ بقاءُ شيءٍ على واحدٍ منهما بعد الإيفاء للآخر.

[٢] قولُه: (مِمَّا يُعَبَّرُ به عن بَدَنِهِ)، وقد مرَّ أمثلتُه في كتاب الطَّلاق(٥).

---

(١) أي: ممَّا يعبَّر به من أعضائه عن جميع البدن، كرأسه، ووجهه، ورقبته، وعنقه، وجسده، بأن يقول: «تكفَّلت برأسه» أو: «بوجهه»...إلخ؛ لأنَّ هذا الألفاظ يعبَّر بها عن جميع البدن حقيقةً وعرفًا، ولو كفل بيده أو برجله: لا تنعقد الكفالة؛ لأنَّهما لا يعبَّر بهما عن البدن. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٢٣).

(٢) في (م١) و(م٢): «وبثُلُثه».

(٣) «زعيمٌ» و«قبيلٌ» بمعنى: الكفيل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٤٤).

(٤) كتب على هامش (ش٤): «مكفول له: هو الذي له الدين، كفيل: هو الذي ثبت عليه الدين بالكفالة، مكفول عنه: هو الذي عليه الدين، مكفول به: هو الدين الذي له».

(٥) ينظر: (٣/ ١٨).

الحاكِمُ، وإن عَيَّنَ وَقتَ تَسليمِهِ: لَزِمَهُ ذلك).

(ويَبرأُ):

١- (بمَوتِ مَن كَفَلَ به(١) ولو أنَّهُ عَبدٌ) وإنَّما قال هذا دفعًا لتوهُّم أنَّ العبدَ مالٌ، فإذا تعذَّرَ تسليمُه: لزِمَه قيمتُه.

٢- (وبدَفعِهِ إلى مَن كَفَلَ له حَيثُ يُمكِنُهُ مُخاصَمَتُهُ، وإن لم يَقُل: «إذا دَفَعتُ إليكَ: فأنا بَريءٌ[١]»: فإن شَرَطَ تَسليمَهُ في مَجلِسِ القاضي، وسَلَّمَ في السُّوقِ، أو في مِصرٍ آخَرَ: بَرِئَ[٢]، فإن(٢) سَلَّمَ في بَرِّيَّةٍ، أو في السَّوادِ، أو في السِّجنِ،

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وإن لم يَقُلْ: «إذا دَفَعتُ إليكَ: فأنا بَريءٌ»)؛ لأنَّ موجَبَ الكفالةِ بالنَّفس البراءةُ عند التَّسليم، وقد وُجِد، والتَّنصيصُ على الموجَب عند حصول الموجِبِ ليس بشرطٍ؛ كثبوتِ المِلكِ بالشِّراء، فإنَّه يثبتُ بلا شرطٍ؛ لأنَّه موجَبُ التَّصرُّف، لكن لا بدَّ من أن يقول: «سلَّمتُه إليك بحكم الكفالة»، حتَّى إن لم يقله: لا يبرأُ إلَّا إذا سلَّمَه بطلبه، فحينئذٍ لا يحتاجُ إليه، وكذا إذا أقرَّ الطَّالبُ بالقبض، ولو سلَّمَ الكفيلُ المكفولَ به إلى المكفول له، فأبى أن يقبلَه: يُجبرُ على القَبول وإن كان قبل حلول الأجل، ويُعَدُّ قابضًا لمجرَّد التَّخليةِ بينَ الطَّالبِ والمطلوب، كذا فُهِمَ من تقرير الزَّيلعيِّ(٣).

[٢] قولُه: (أو في مِصرٍ آخَرَ: بَرِئَ) هذا عند الأعظم؛ للقدرة على المخاصمة فيه، وعندهما: لا يبرأ؛ لأنَّه قد يكونُ شهودُه فيما عيَّنَه، فالتَّسليمُ لا يُفيدُ المقصود.

---

(١) أي: يبرأ الكفيل بموت المكفول به؛ لحصول العجز الكلِّيِّ عن تسليم المطلوب من الكفيل. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٢٥).

(٢) في (م١) و(م٢): «وإن».

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٥٠).

وقد حَبَسَهُ غيرُهُ: لا) قيل: في زماننا لا يبرأُ بتسليمه في السُّوق؛ لأنَّه لا يُعاونُه أحدٌ على إحضاره مجلسَ القاضي(١)، فعلى هذا: إن سلَّمَه في مصرٍ آخرَ إنَّما يبرأُ إذا سلَّمَه في موضعٍ(٢) يقدِرُ على إحضاره في مجلس القاضي، حتَّى لو سلَّمَه في سوقِ مصرٍ آخَر: لا يبرأُ في زماننا؛ لعدم حصولِ المقصود.

قولُه: «وقد حَبَسَهُ غيرُه» أي: غيرُ هذا الطَّالب، قيل: إنَّما لا يبرأُ ههنا إذا كانَ السِّجنُ سجنَ قاضٍ آخَر، أمَّا لو كان السِّجنُ سجنَ هذا القاضي: يبرأُ وإن كان حبَسَه غيرُ هذا الطَّالب؛ لأنَّ القاضيَ قادرٌ على إحضاره من سجنه.

٣- (وبتَسليمِ مَن كَفَلَ به نَفسَهُ من كَفالَتِهِ) أي: بتسليم المكفولِ به نفسَه من كفالة الكفيل[١].

٤- (وبتَسليمِ وَكيلِ الكَفيلِ ورَسولِهِ إليه) «إليه»: متعلِّقٌ بالتَّسليم[٢]،

والجواب: أنَّ شهودَه كما يُتوهَّمُ أن يكونَ فيما عيَّنَه: يُتوهَّمُ أن يكونَ في الذي سلَّمَه فيه، فتعارضَ الموهومان، فبقيَ التَّسليمُ محقَّقًا منَ الكفيل على الوجه الذي التزمَه، فيبرأ.

[١] **قولُه**: (من كفالةِ الكفيل) أي: قائلًا: «دفعتُ نفسي إليك من كفالة فلانٍ»؛ لأنَّ تسليمَ النَّفسِ على المكفول به واجبٌ من جهتَين: من جهة نفسِه، ومن جهة الكفيل، فما لم يُصرِّحْ بقوله: «من كفالةِ فلانٍ»: لم يقعِ التَّسليمُ من جهة الكفيل، فلا يبرأ.

[٢] **قولُه**: (بالتَّسليم) أي: لا(٣) بالرَّسول.

---

(١) في (ش١): «القضاء».

(٢) في (ش٣) و(ش٥) زيادة: «آخر».

(٣) سقط من (ح٢) و(ح٥).

والضَّميرُ راجعٌ إلى المكفول له.

(ولو ماتَ المَكفولُ له: فللوَصيِّ أوِ(١) الوارِثِ مُطالَبَتُهُ به) أي: مطالبةُ الكفيلِ بالمكفول به.

(فإن كَفَلَ بنَفسِهِ على أنَّه إن لم يوافِ به[١] غدًا) أي: إن لم يأتِ به غدًا: (فهو ضامِنٌ لِما عليه، ولم يُسَلِّمه غَدًا: لَزِمَه ما عليه) خلافًا للشَّافعيِّ(٢).

له: أنَّه إيجابُ المالِ بالشَّرط، فلا يجوزُ كالبيع.

قلنا: إنَّه يُشبهُ البيعَ[٢] ويُشبهُ النَّذر[٣]، فإن عُلِّقَ بشرطٍ غيرِ مُلائمٍ لا يصحُّ، وبمُلائمٍ يصحُّ عمَلًا بالشَّبهَينِ (ولم يَبرَأ مِن كَفالَتِهِ بالنَّفسِ)؛ لعدم سببِ البراءة، بل إنَّما يبرأُ إذا أدَّى المال[٤]؛ لأنَّه لم يبقَ للطَّالب على المكفول عنه شيءٌ، فلا فائدةَ في الكفالة بالنَّفس.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه(٣): (إن لم يُوافِ به) وافاه إيَّاه، منَ الوفاء، وإنَّما قال: «بما عليه»؛ لأنَّه لو لم يقله: لم يلزمِ الكفيلَ شيءٌ عند عدمِ الموافاةِ على قول محمَّدٍ، خلافًا لهما.

[٢] قولُه: (يُشبهُ البيعَ) من حيثُ إنَّه معاوضةٌ انتهاءً؛ لأنَّ الكفيلَ يرجعُ إلى الأصيل بما أدَّى عنه إذا كانتِ الكفالةُ بالأمر، كذا في «تاج الشَّريعة».

[٣] وقولُه: (ويُشبهُ النَّذر) أي: من حيثُ إنَّه التزامٌ، فشبهُ البيعِ يقتضي أن لا يجوزَ التَّعليقُ بالشُّروط كلِّها، وشبهُ النَّذرِ يقتضي جوازَ ذلك، وإعمالُ الشَّبهَينِ أَولى.

[٤] قولُه: (بلْ إنَّما يبرأُ إذا أدَّى المال) فيه بحثٌ؛ لأنَّ هذا مخالفٌ لما صرَّحَ به

(١) في (م١) و(م٢): «و».
(٢) ينظر: «الأمُّ»: (٣/ ٢٣٤).
(٣) زاد في(ح٥): «فإن مات المكفول عنه وقد كتب فيه».

(وإن ماتَ المَكفولُ عنه[١]: ضَمِنَ المالَ[٢])؛ لوجود الشَّرط، وهو عدمُ الموافاة.

ذخيرة العقبى

الأتقانيُّ(١) حيثُ قال: ((فإذا أدَّى المال: لا يبرأُ عنِ الكفالة بالنَّفس؛ لأنَّه بريءٌ بأدائه عن أحد الضَّمانَين، فلا يلزمُ من براءة أحدِهما البراءةُ عنِ الآخر، فيلزمُه إحضارُه؛ لعدم المنافاةِ بينَهما؛ لأنَّهما للتَّوثيق، فيجوزُ أن يدَّعيَ عليه دَينًا آخر، فلا جرَمَ وجبَ الإحضار)).

ونحن نقولُ وبالله التَّوفيق: يجوزُ أن يكونَ مرادُ الشَّارح: أداءَ جميعِ ما عليه، بحيثُ لا يبقى على المديون فَلْسٌ أحمرُ، يؤيِّدُه تعليلُه البراءةَ بقوله: «لأنَّه لم يبقَ... إلخ»، وعدمِ إيرادِه عددًا معيَّنًا كالألفِ مثلًا، وأمَّا صاحبُ «الهداية»: فقد مثَّل بالعدد المذكورِ، وشرَّاحُها(٢) قدِ اقتدَوا به، والمفهومُ منها أنَّه ما أدَّى إلَّا ذلك المذكور: فلا يلزمُ البراءةُ من جميع ما عليه، ولهذا قالوا: ((فيجوزُ أن يدَّعيَ عليه دَينًا آخر))، ولا مجالَ لهذا على اختيار الشَّارحِ، فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه**: (وإن ماتَ المَكفولُ عنه) وهو المطلوب؛ أي: في الصُّورة التي ذكرَها بقوله: «فإن كفلَ بنفسه... إلخ»، وأمَّا إذا مات الكفيلُ فيها: فوارثُه كان بمنزلته، إن دفع المطلوبَ إلى الطَّالب: برئ، وإن لم يدفعْه حتَّى مضى الأجل: كان المالُ على الوارث من تركة الميِّت، كذا في «الخانيَّة»(٣).

[٢] **قولُه**: (ضَمِنَ المالَ) وقد أوردَ الأكملُ ههنا شبهةً وصفَها بالقوَّة، ونحن كتبناها في حاشية هذه الرِّسالة، فليُطلَبْ منها(٤).

---

(١) «غاية البيان»: (١٠/ ٥٦٦).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٨٨) حيث قال: ((فهو ضامنٌ لما عليه، وهو ألفٌ))، ويُنظَر: «العناية»: (٧/ ١٧٢)، و«البناية»: (٨/ ٤٢٨).

(٣) «الفتاوى الخانيَّة»: (٣/ ٥٩).

(٤) حيث قال*: ((إنَّ الكفالة بالنَّفس إذا سقطت: وجب أن يسقط ما يترتَّب عليها من الكفالة بالمال؛=

(ومَنِ ادَّعى على رجُلٍ مالًا بيَّنَه أو لا، فكَفَلَ بنَفسِهِ آخَرَ على أنَّهُ إن لم يوافِ بهِ غَدًا، فعليهِ المالُ: صَحَّت، ويَجِبُ عندَ الشَّرطِ) صورةُ المسألة: ادَّعى رجلٌ على آخرَ مئةَ دينارٍ، فكفَلَ بنفسه رجلٌ على أنَّه إن لم يوافِ به غدًا: فعليه المئة.

فقولُه: «مالًا» أي: مالًا مقدَّرًا[١].

[١] قولُه: (أي: مالًا مقدَّرًا) المتبادَرُ من هذا التَّقريرِ أنَّ هذا القيدَ للاحتراز، وقد صرَّحَ صاحبُ «التَّبيينِ»(١) بأنَّه اتِّفاقيٌّ(٢) حيثُ قال: ((فقال: «لي عليك حقٌّ»، ولم يدَّعِ عليه مالًا مقدَّرًا))، انتهى كلامُه، فليُتأمَّلْ.

= لكونها كالتَّأكيد لها ليست مقصودةً، ولهذا إذا وافى بالنَّفس: لم يلزمه المال وقد سقطت، إذا سقطت الأولى بالإبراء: فيجب أن تسقط فيما نحن فيه؛ لأنَّ الأولى سقطت بالموت؛ لما تقدَّم أنَّ الكفيل بالنَّفس يبرأ بموت المكفول به، وإلَّا: لزم أن يكون ما فرضناه تأكيدًا للغير مقصودًا بالذَّات، وذلك خلفٌ باطلٌ.

وأجاب الإمام ظهير الدِّين في «فوائده» بأنَّ الإبراء وُضِعَ لفسخ الكفالة، والموت لم يوضَع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة من كلِّ وجهٍ، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النَّفس ضرورةَ عجز الكفيل عن التَّسليم المستحَقِّ بعقد الكفالة؛ لأنَّ المستحَقَّ به: تسليمٌ يقع ذريعةً إلى الخصام، وهو عاجزٌ عن مثل هذا التَّسليم، ولا ضرورةَ إلى القول بانفساخها في حقِّ الكفالة بالمال؛ لأنَّ عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النَّفس متحقِّقٌ))، هذا ما ذكره، ولا يلزم ضرورة التَّأكيد مقصودًا؛ لأنَّ المؤكَّد لم يسقط بالنِّسبة إليه، فهو تأكيدٌ كما كان.

فإن قيل: إذن يتضرَّر الكفيل، وهو مدفوعٌ.

قلنا: الالتزام منه غير مدفوعٍ، وقد التزم حيث تيقَّن باحتمال الموت ولم يستثن.

فإن قيل: ترك الاستثناء ظنًّا منه أنَّ بالموت تنفسخ الكفالة بالنَّفس، فكذا ما يترتَّب عليها.

قلنا: دعوى منه على خلاف إطلاق لفظه في إن لم يواف، فلا يفيده في إضرار غيره)) كذا في «العناية»: (٧/ ١٧٤) (مِنهُ). * أي: الإمام البابِرتيّ في «العناية».

(١) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٥١).

(٢) كما يشعر به قول الشَّارح بُعيدَ هذا: «وعليه المآل» (مِنهُ).

وقولُه: «بيَّنَه أو لا» أي: بيَّنَ صفتَه[١] على وجهٍ تصحُّ الدَّعوى أو لم يُبيِّن.

وفي المسألة خلافُ محمَّدٍ[٢]، فقيل: عدمُ الجوازِ عنده مبنيٌّ على أنَّه قال: «فعليه المئةُ»، ولم يقل: «المئةُ التي على المدَّعى عليه»، فعلى هذا إن بيَّنَ المدَّعي المئةَ: لا تكونُ كفالتُه صحيحةً أيضًا[٣]، كما إذا لم يُبيِّن، إلَّا أن يقولَ: «فعليه المئةُ التي يدَّعيه».

وقيل: مبنيٌّ على أنَّه لمَّا لم يُبيِّن: لم تصحَّ الدَّعوى، ولم يستوجِب إحضارَه إلى مجلس القاضي، فلم تصحَّ الكفالةُ بالنَّفس، فلا تجوزُ الكفالةُ بالمال، فعلى هذا إن بيَّنَ: تكونُ الكفالةُ صحيحةً.

ولهما: أنَّه قال: «فعليه المئةُ»، أو: «عليه المالُ»، فيُرادُ به المعهود[٤]،

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (أي: بيَّنَ صفتَه) بأنَّها جيِّدةٌ أو رديئةٌ، هنديَّةٌ أو مِصريَّةٌ.

[٢] قولُه: (خلافُ محمَّدٍ) حيثُ قال: إن لم يُبيِّنْها حتَّى يكفُل، ثمَّ ادَّعى بعد الكفالة مئةً موصوفةً بصفةٍ: لا تُسمَعُ دعواه، فلا يقدرُ المدَّعي على مطالبة الكفيلِ بالكفالة، وذلك للوجهَينِ اللَّذينَ ذكرَهما الشَّارحُ بقوله: «فقيل: وقيل...» إلى آخر كلامِه.

[٣] قولُه: (لا تكونُ كفالتُه صحيحةً أيضًا)؛ لاحتمال أنَّه لم يلتزم المالَ الذي هو على المدَّعى عليه؛ بلِ التزمَ ما التزمَه على وجه الرِّشوةِ ليترُكَ المدَّعى عليه في الحال، وهذا الوجهُ منسوبٌ إلى الشَّيخ الإمامِ أبي منصورِ الماتُريديِّ، والوجهُ الثَّاني إلى الشَّيخ الإمامِ [أبي](١) الحسنِ الكَرخيِّ.

[٤] قولُه: (فيُرادُ به المعهود) يعني: أنَّ المالَ ذُكِرَ معرَّفًا، فيُصرَفُ إلى ما عليه، فتكونُ النِّسبةُ موجودةً، فخرج من كونه رِشوةً، فكان المالُ معلومًا، والدَّعوى

(١) «أبي»: سقط من جميع النُّسخ، والصَّواب إثباته.

فإن بيَّنَ المدَّعي: فظاهرٌ، فإن لم يُبيِّن: فبعدَ(١) ذلك إذا بيَّنَ التحقَ البيانُ بأصل الدَّعوى، فتبيَّنَ صحَّةُ الكفالةِ بالنَّفس، فيُرتَّبُ عليها الكفالةُ بالمال.

(ولا جَبرَ(٢) على إعطاءِ الكَفيلِ(٣) في حَدٍّ وقِصاصٍ) هذا عند أبي حنيفة[١].

وعندهما: يُجبرُ في حدِّ القذف[٢]؛ لأنَّ فيه حقَّ العبد، وفي القصاص؛

ذخيرة العقبى

صحيحةً، فصحَّتِ الكفالتان، وهذه النُّكتةُ في مقابلة النُّكتةِ الأولى لمحمَّدٍ.

[١] **قولُه**: (هذا عند أبي حنيفة) قيل: المعنى الذي يصلحُ أن يكونَ محلًّا للنِّزاع ههنا: هو أن يكفُلَ الرَّجلُ(٤) بنفس مَن عليه الحدُّ أوِ القِصاص لأنْ(٥) يُحضرَه في مجلس القاضي، وأمَّا الكفالةُ بعين الحدِّ والقصاص: فباطلٌ بالاتِّفاق كما سيجيء، كذا في «النِّهاية»(٦).

وليس معنى الجبرِ عند مَن يقولُ به أن يُجبَرَ بالحبسِ وغيرِه منَ العقوبة؛ بلِ الأمرُ بالملازمة، بأن يدورَ الطَّالبُ معَ المطلوبِ حيثُ دار كيلا يتغيَّب، فإن أرادَ دخولَ دارِه: استأذنَه الدُّخولَ معَه، فإن أذِنَ له: دخلَ معَه، وإلَّا: منعَه منَ الدُّخول، وأجلسَه في باب دارِه.

[٢] **قولُه**: (في حدِّ القذف)، وإنَّما خصَّه بالذِّكر؛ احترازًا عنِ الحدود الخالصةِ

---

(١) في (ش١): «فعيله».
(٢) أي: على المدَّعى عليه. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٣٤)
(٣) في (م١) و(م٢): «كفيل».
(٤) «يكفل الرَّجل» في (ح٢): «أن يكون الرَّجل كفيلاً».
(٥) في «النِّهاية»: (بأن)
(٦) «النِّهاية شرح الهداية»: (٧/ ٢٤٦).

لأنَّه خالصُ حقِّ العبد[1].

ولأبي حنيفةَ أنَّ مبناهما على الدَّرء، فلا يجبُ فيهما الاستيثاق[2].

(ولو سَمَحَت نَفسُهُ بِهِ: صَحَّ) أي: لو سمحَت نفسُ مَن عليه الحدُّ[3]

ذخيرة العقبى

لله تعالى؛ كحدِّ الزِّنى وشربِ الخمر، حيثُ لا تجوزُ الكفالةُ بها وإن طابَت به نفسُ الكفيل؛ لأنَّها شُرِعَت وثيقةً لصاحبِ الحقِّ؛ لئلَّا يفوتَ حقُّه، والله تعالى غنيٌّ عنه.

[1] **قولُه:** (لأنَّه خالصُ حقِّ العبد) اعتُرِضَ عليه في بعض «الشُّروحِ»(1) بأنَّ القصاصَ ممَّا اجتمعَ فيه حقَّان: حقُّ اللهِ تعالى من حيثُ إخلاءُ العالمِ عنِ الفساد، وحقُّ العبدِ من حيثُ يشفي الصُّدور.

وأجاب عنه صاحبُ «العناية»(2) بأنَّ المعنى: أنَّ المغلَّبَ فيه حقُّ العبدِ على الخلوص؛ لما عرفَت(3) أنَّ القصاصَ مشتملٌ على الحقَّين، وحقُّ العبدِ غالبٌ، لا أنَّه لا حقَّ لله تعالى أصلًا ليُخالفَ المشهور.

[2] **قولُه:** (فلا يجبُ فيهما الاستيثاق) وليس التَّكفيلُ إلَّا له.

فإن قيل: حُبِسَ بإقامة شاهدِ عدلٍ، ومعنى الاستيثاقِ في الحبس أتمُّ من أخذ الكفيل.

أُجيب: بأنَّ الحبسَ للتُّهمة على ما يُذكَرُ، لا له.

[3] **قولُه:** (مَن عليه الحدُّ) أي: الذي فيه حقُّ العبدِ؛ كالقذف، وكذا السَّرقةُ عند البعض.

---

(1) ينظر: «البناية»: (٨/ ٤٣٢) عن الأترازيِّ.

(2) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٧٧).

(3) في «العناية»: ((عرف)).

أوِ القصاص، فأعطى كفيلًا بالنَّفس: صحَّ.

(ولا حَبسَ فيهِما(١)[١] حتَّى يَشهَدَ مَستورانِ أو عَدلٌ[٢]) لمَّا ذكرَ أنَّه لا جبرَ على الكفالة عند أبي حنيفة، فبيَّنَ(٢) ماذا يصنعُ صاحبُ الحقِّ، فعنده: لازمَه إلى وقت قيامِ القاضي عنِ المجلِس، فإن أحضرَ البيِّنَةَ: فبها، وإن أقام مستورَينِ أو شاهدًا عدلًا: لا يكفُلُ عند أبي حنيفة، بل يحبِسُه للتُّهمة[٣] حتَّى يتبيَّنَ(٣) الحقُّ، وإن لم يُحضِر شيئًا من ذلك: خلَّى سبيلَه.

(وصَحَّ الرَّهنُ والكَفالَةُ بالخَراجِ)؛ لأنَّه دَينٌ مطالَبٌ[٤] ....

---

[١] قولُه: (ولا حَبسَ فيهِما) أي: في القذف والقِصاص.

[٢] قولُه: (أو عَدلٌ) أي: عدْلٌ يعرفُ القاضي كونَه عدلًا.

[٣] قولُه: (للتُّهمة) أي: لتهمة الفساد، لا لإثبات المدَّعى؛ لأنَّه يحتاجُ إلى حُجَّةٍ كاملةٍ، والتُّهمةُ تثبتُ بأحد شطرَيِ الشَّهادة، إمَّا العددِ أوِ العدالة.

[٤] قولُه: (لأنَّه دَينٌ مطالَبٌ) أي: مطلقًا في الحياة والمماتِ، والزَّكاة لا يُطالَبُ بها إلَّا في الحياة، ولهذا لا تجوزُ الكفالةُ بها، فإنَّ صحَّتَها تقتضي دَينًا مطالَبًا به مطلقًا، والخَراجُ كذلك، ألا ترى أنَّه يُحبَسُ به ويمنعُ وجوبَ الزَّكاة، ويُلازَمُ مَن عليه لأجله، وهذا هو الفرقُ الذي ذكرَه صاحبُ «العناية»(٤).

وأمَّا قولُ الشَّارحِ: «لأنَّها مجرَّدُ فعلٍ» إشارةٌ إلى فرقٍ آخرَ، وهو أنَّ الزَّكاةَ فعلٌ،

---

(١) أي: في الحدود والقصاص. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٤٨).

(٢) «فبين»: سقط من (ش٣).

(٣) في (ش٢) زيادة: «له».

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٨٠).

بخلاف الزَّكاة(١)؛ لأنَّها مجرَّدُ فعلٍ، وإنَّما أوردَ هذه المسألةَ ههنا وإن كان الحقُّ أن يُذكَرَ في الكفالةِ بالمال؛ لأنَّه في ذكر الكفالةِ بالنَّفس في الحدود والقِصاص، وللخَراج مناسَبةٌ[١] بالحدود؛ لِما عُرِفَ في أصول الفقهِ أنَّ فيه معنى العقوبة؛ فلهذه المناسَبةِ أوردَه هنا ليُعلَمَ أنَّ حكمَه حكمُ الأموال، حتَّى يُجبرُ فيه على الكفالة بالنَّفس بناءً على صحَّة الكفالةِ فيه.

(وأُخِذَ كَفيلٌ بالنَّفسِ، ثُمَّ آخَرُ، وهما كَفيلانِ) أي: ليس أخذُ الكفيلِ الثَّاني تركًا للأوَّل[٢].

ذخيرة العقبى

وهو العبادة، والمالُ محلٌّ لإقامة تلك العبادة، ولا يجري الضَّمانُ في العبادات كما في الصَّلاة، بخلاف الخَراجِ فإنَّه دَينٌ؛ إذِ الدَّينُ تمليكُ مالٍ بدلًا عن شيءٍ آخر، والخَراجُ بدلٌ عن منفعة حفظِ المال، مَن أراد تفصيلَ المقام: فلينظُرْ في «الهداية» و«شروحِها»(٢) في بيان المسألةِ التي ذكرَها المصنِّفُ بعد الورقتَينِ بقوله: «كضمانِ الخَراج... إلخ»(٣)، وإنَّما تعرَّضَ لمسألة الرَّهنِ هنا؛ لجامع التَّوثيقِ بينَه وبينَ الكفالة.

[١] قولُه: (وللخَراجِ مناسَبةٌ)؛ لأنَّ المرادَ به ههنا هو الخراجُ الموظَّفُ كما صرَّحَ به في «الكفاية»(٤).

[٢] قولُه: (أي: ليس أخذُ الكفيلِ الثَّاني تركًا للأوَّل) قال ابنُ أبي ليلى: يبرأُ الكفيلُ الأوَّل؛ لأنَّ التَّسليمَ لمَّا وجبَ على الثَّاني: فلو بقيَ على الأوَّل: كان واجبًا

---

(١) فهي ليست بدينٍ حقيقةً، أمَّا الخراج فيمكن استيفاؤه، فيصحُّ الرَّهن به. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٣٦).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٩٥) حيث قال: ((أمَّا الخراج: فقد ذكرناه، وهو يخالف الزَّكاة))، ويُنظر: «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٢١)، و«معراج الدِّراية»: (٦/ ٣٢٦)، و«غاية البيان»: (١٠/ ٦٤٤).

(٣) ينظر: (٤/ ٢٧٦).

(٤) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٣١).

[الكفالةُ بالمال]

(والكَفالَةُ بالمالِ تَصِحُّ):

١- (وإن جُهِلَ المَكفولُ به(١) إذا صَحَّ دَينُهُ) الدَّينُ الصَّحيحُ: دَينٌ لا يسقطُ إلَّا بالأداء والإبراء، وهو احترازٌ عن بدل الكتابة، فإنَّه غيرُ صحيحٍ[١]؛ إذِ المولى لا يستوجِبُ على عبده دَينًا، وهو يسقطُ بالعجزِ (نحوَ: «كَفَلتُ بما لَكَ عليه») تصحُّ هذه الكفالةُ وإن كان المالُ المكفولُ به مجهولًا[٢].

٢- (أو: «ما يُدرِكُكَ في هذا البَيعِ») هذا الضَّمانُ يُسمَّى: ضمانَ الدَّرْك[٣]،

في موضعَين، وهذا بناءٌ منه على أصله المخالِفِ للمشهور، وهو أنَّ كفالةَ الكفيلِ تستلزمُ براءةَ الأصيل، وهو معَ كونِه مخالِفًا للحقيقة اللُّغويَّةِ لها ـ وهي الضَّمُّ ـ: يُفضي إلى عدم التَّفرقةِ بينَها وبينَ الحوالة، فإنَّ فيها يبرأُ المُحيل، وذلك باطلٌ قطعًا، ثمَّ إذا سلَّمَ أحدُ الكفيلَينِ نفسَ الأصيلِ إلى الطَّالب: برئَ نفسُه فقط، لا صاحبُه.

[١] قولُه: (فإنَّه دَينٌ غيرُ صحيحٍ) والدَّينُ الصَّحيحُ هو الذي له مطالِبٌ من جهة العبادِ حقًّا لنفسه، والمطلوبُ لا يقدرُ على إسقاطه من ذمَّته إلَّا بالإيفاء، وبدلُ الكتابةِ ليس كذلك؛ لاقتدار المكاتَبِ أن يُسقِطَ البدلَ بتعجيز نفسِه.

[٢] قولُه: (وإن كان المكفولُ به مجهولًا)؛ لأنَّ مبناها على التَّوسُّع، فإنَّها تبرُّعٌ ابتداءً، فتُحتمَلُ فيها جهالةٌ يسيرةٌ أو غيرُها بعد أن كانت متعارَفةً.

[٣] قولُه: (ضمانُ الدَّرَك) وهو - بفتح الرَّاءِ وسكونِها -: التَّبيعة، وهي بالفارسيِّ: تاوان.

(١) أي: المال. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٣٨).

وهو ضمانُ الاستحقاق(١)؛ أي: يضمنُ للمشتري بردِّ الثَّمنِ إذا استحقَّ المبيعَ مستحِقٌّ.

٣- (أو عَلَّقَ الكَفالَةَ بشَرطٍ مُلائمٍ؛ نحوَ: «ما بايَعتَ فُلانًا»[١]، أو: «ما ذابَ لك عليه»، أو: «ما غَصَبَك: فعَلَيَّ») «ما ذاب» أي: ما وجب، ففي هذه الصور: «ما» شرطيَّةٌ، معناه: «إن بايعتَ فلانًا»، فيكونُ في معنى التَّعليق.

وعنى بالمُلائم: المناسبَ، فإنَّ هذه الأشياءَ أسبابٌ لوجوب المال، فتناسَبَ ضمُّ الذِّمَّةِ إلى الذِّمَّة.

فقولُه: «ما بايَعتَ فلانًا» أي: ما بايعتَ منه: فإنِّي ضامنٌ لثمنه، لا ما اشتريتَ منه: فإنِّي ضامنٌ للمبيع، فإنَّ الكفالةَ بالمبيع لا تجوزُ على ما يأتي.

(وإن عُلِّقَت بمُجَرَّدِ الشَّرطِ[٢]: فلا(٢)[٣]؛ كـ: «إن هَبَّتِ الرِّيحُ»، أو: «جاءَ المَطَرُ»).

---

[١] قولُه: (نحو: «ما بايَعتُ فلانًا») وإنَّما قيَّدَ بالفلان؛ ليصيرَ المكفولُ عنه معلومًا؛ لأنَّ جهالتَه تمنعُ صحَّةَ الكفالة، حتَّى لو قال: «ما بايعتُ أحدًا منَ النَّاس: فأنا لذلك ضامنٌ»: لا يجوز؛ لأنَّ جهالتَه معَ جهالةِ المكفولِ به تُفضي إلى تفاحشها، كذا في «الكفاية»(٢).

[٢] قولُه: (بمُجَرَّدِ الشَّرطِ) أي: بالشَّرط المجرَّدِ عنِ الملاءمة.

[٣] قولُه: (فلا) أي: لا يصحُّ تعليقُ الكفالةِ بالمجهول؛ نحوَ إن قال: «إن جاءَ المطر»،

---

(١) أي: ضمان الثَّمن عند استحقاق المبيع. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٣٨).

(٢) «الكفاية»: (٦/ ٢٩٩).

(فإن كَفَلَ «بما لكَ عليه»: ضَمِنَ قَدرَ ما قامَت به بيِّنتُه[١]، وبلا بَيِّنةٍ: صُدِّقَ الكَفيلُ فيما يُقِرُّ به معَ حَلِفِهِ، والأصيلُ فيما يُقِرُّ بأكثَرَ منهُ على نَفسِهِ فقط) أي: إن لم يُقِم بأكثرَ منه[٢] البيِّنة: صُدِّقَ الكفيلُ في مقدار ما يُقِرُّ به مع أنَّه يحلِفُ على نفي الزِّيادة، وينبغي أن يحلِفَ على العلم بأنَّك لا تعلمُ أنَّ أكثرَ من هذا واجبٌ على الأصل، فإن نكلَ أو أقرَّ بالزَّائد: لزِمَ عليه، وإنَّما يحلفُ على العلم؛ لأنَّ الحلِفَ فيما يجبُ على الغير ليس إلَّا على العلم.

وإن أقرَّ الأصيلُ بأكثرَ ممَّا أقرَّ به الكفيل: يكونُ ذلك مقتصِرًا عليه؛ لأنَّ الإقرارَ حُجَّةٌ قاصرةٌ.

وكلمةُ: «ما» في قوله: «فيما يُقِرُّ به» موصولةٌ، والضَّميرُ في «به» راجعٌ إلى: «ما».

ذخيرة العقبى

أو قال: «إن هبَّتِ الرِّيح: فأنا كفيلٌ عنه بكذا»، فإن علَّقَ به: تصحُّ الكفالة، ويجبُ المالُ حالًّا، كذا في «الهداية» و«الكافي»[٣].

قال الزَّيلعيُّ: ((وهذا سهوٌ، فإنَّ الحكمَ فيه أنَّ التَّعليقَ لا يصحُّ، فلا[٤] يلزمُه المال؛ لأنَّ الشَّرطَ غيرُ ملائمٍ، فصار كالتَّعليقِ بدخول الدَّارِ ونحوِه ممَّا ليس بملائمٍ، صرَّحَ به قاضيخان[٥]، ولو جعلَ الأجلَ في الكفالة إلى هُبُوب الرِّيح: لا يصحُّ التَّأجيل، ويجبُ المالُ حالًّا، وتعليقُ الكفالةِ بالنَّفس مثلُ الكفالةِ بالمال في جميع ما ذكرنا، وكذا تأجيلُها))، كذا في «التَّبيين»[٦].

---

(١) في (م١) و(م٢): «بينة».
(٢) في (ش٢): «يقيم» بدل «يقم»، قوله: «بأكثر منه»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).
(٣) «الهداية»: (٣/ ٩٠)، و«الكافي»: (٧/ ٢٢).
(٤) في «التَّبيين»: «ولا».
(٥) «فتاوى قاضخان»: (٣/ ٥٢).
(٦) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٥٤).

و«ما» في قوله: «فيما يُقِرُّ بأكثرَ منه» مصدريَّةٌ؛ أي: صُدِّقَ الأصيلُ في إقراره بأكثرَ منه؛ أي: ما يُقِرُّ به الكفيل، ولو جُعلَت موصولةً: يفسدُ المعنى؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ تقديرُ الكلام: صُدِّقَ الأصيلُ في الشَّيء الذي يُقِرُّ بأكثرَ منه؛ أي: من ذلك الشَّيء، فالشَّيءُ الذي يُقِرُّ الأصيلُ بأكثرَ منه: هو ما أقرَّ به الكفيل، والغرضُ أنَّ الأصيلَ يُصدَّقُ في الأكثر؛ لأنَّه يُصدَّقُ فيما يُقِرُّ به الكفيل.

(وللطَّالِبِ مُطالَبَةُ مَن شاءَ من أصيلِهِ وكَفيلِهِ، ومُطالَبَتُهُما، فإن طالَبَ أحَدَهُما: فلهُ مُطالَبَةُ الآخَرِ) هذا بخلاف المالكِ إذا اختارَ أحدَ الغاصبَين؛ فإنَّ اختيارَ أحدِهما يتضمَّنُ تمليكَه؛ يعني: إذا قضى القاضي بذلك[١]، كذا في «مبسوطِ شيخِ الإسلام»، فإذا ملَّكَ أحدَهما: لا يُمكنُه أن يُملِّكَ الآخَر.

(وتَصِحُّ(١) بأمرِ الأصيلِ وبلا أمرِهِ، ثُمَّ إن أمَرَ(٢): رَجَعَ عليه[٢] بعد أدائه إلى

---

[١] قولُه: (يعني: إذا قَضى القاضي بذلك)، أمَّا إذا ضمِنَ أحدُهما بلا رضاءٍ وقضاءٍ: له تضمينُ الآخرِ أيضًا، كذا في «الكفاية»(٣).

[٢] قولُه: (ثُمَّ إن أمَرَ: رَجعَ عليه)؛ لأنَّه قضى دَينَ غيرِه بأمره، ومَن كان كذلك: رجع عليه بلا محالة، ولا ينتقضُ بما إذا قال لغيره: «أدِّ عنِّي زكاةَ مالي»، أو: «أطعمْ عنِّي عشرةَ مساكينَ»، ففعل: فقد أدَّى دَينَ غيرِه بأمره، ولا يرجعُ عليه ما لم يقلِ الآمر: «على أنِّي ضامنٌ»؛ لأنَّ المرادَ بالدَّين هو الدَّينُ الصَّحيح، وما ذكرتُم ليس كذلك.

---

(١) أي: الكفالة.

(٢) في أغلب نسخ الشَّرح: «أمَرَهُ».

(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٢٩٩).

طالِبِهِ، ولا يُطالِبُهُ قبلَهُ[١]) بخلافِ الوكيلِ بالشِّراء؛ فإنَّه إذا اشترى: كان له مُطالَبةُ الثَّمنِ من موكِّله قبلَ أدائه إلى البائع؛ لأنَّه انعقدَ بين الوكيل والموكِّلِ مبادَلةٌ حُكميَّةٌ[٢] (فإن لم يَأمُر: لم يَرجِع).

(فإن لوزِمَ الكَفيلُ(١) بالمالِ: فلهُ مُلازَمَةُ أصيلِهِ[٣]، وإن حُبِسَ: فلهُ حَبسُهُ)؛ لأنَّه لحِقَه هذا الضَّررُ بأمره، فيُعامِلُه بمثله.

(وإن أُبرِئَ(٢) الأصيلُ أو أوفى المالَ: بَرِئَ الكَفيلُ، وإن أُبرِئَ هو(٣): لا يَبرَأُ الأصيلُ)؛ لأنَّ الدَّينَ على الأصيل، فالبراءةُ عنه توجِبُ البراءةَ عنِ المطالَبة، بخلاف العكس، (وإن أُخِّرَ عنِ الأصيلِ: تَأخَّرَ عنهُ، بخِلافِ عَكسِهِ)؛ اعتبارًا للإبراء المؤقَّتِ بالمؤبَّد.

(فإن صالَحَ الكَفيلُ الطَّالِبَ عن ألفٍ على مِئَةٍ: بَرِئَ الكَفيلُ والأصيلُ، ورَجَعَ

---

[١] **قولُه**: (ولا يُطالِبُهُ قبلَهُ)؛ لأنَّ الموجِبَ للمطالَبة هو التَّملُّك، وهو لا يملكُه قبل الأداء، فانتفى الموجَب.

[٢] **قولُه**: (مبادَلةٌ حُكميَّةٌ)، ولهذا وجبَ التَّحالفُ إذا اختلفا في مقدار الثَّمن، وللوكيل ولايةُ حبسِ المشترى عن الموكِّل لأجل الثَّمن كالبائع، والمبادلةُ توجبُ المِلكَ الموجِبَ لجواز المطالَبة.

[٣] **قولُه**: (فلهُ مُلازَمَةُ أصليهِ) هذا إذا لم يكنِ المكفولُ عنه مثلَ الدَّينِ في ذمَّة الكفيل.

---

(١) «الكفيل»: سقط من (ش٣) و(ش٤) و(م١) و(م٢).
(٢) أي: الطَّالب.
(٣) أي: الكفيلُ.

على الأصيلِ بها(١) إن كَفَلَ بأمرِهِ)؛ لأنَّه أضافَ الصُّلحَ إلى الألف الذي هو الدَّين، وهو على الأصيل، فيبرأُ عن تسعمئةٍ، وبراءتُه توجِبُ براءةَ الكفيل(٢)[١]، فإن كانتِ الكفالةُ بأمرِه: رجعَ بما أدَّى، وهو المئة.

(وإن صالَحَ على جِنسٍ آخَرَ: رَجَعَ بالألفِ)؛ لأنَّه مبادَلةٌ فيملِكُه، فيرجِعُ بجميع الألف.

فإن قيل: إنَّ الدَّينَ على الأصيل، فكيف يملِكُه الكفيل؛ لأنَّ تملُّكَ الدَّينِ من غير مَن عليه الدَّينُ لا يصحُّ؟

قلت: أمَّا عند مَن جعلَ الكفالةَ ضمَّ الذِّمَّةِ إلى الذِّمَّة في الدَّين: فظاهرٌ.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وبراءتُه توجِبُ براءةَ الأصيل) قيل: كذا وقع في جميع النُّسخِ المصحَّحة، وليس بصحيحٍ؛ بلِ الصَّحيحُ إيرادُ لفظِ «الكفيلِ» موضعَ «الأصيلِ» كما في «الهداية» وغيرِها(٣)، هو الموافقُ لما سبق.

ونحن نقول: أوَّلًا: لا نُسلِّمُ اجتماعَ النُّسخِ عليه، ولنا نسخةٌ عتيقةٌ وقعَ فيه «الكفيل» بدلَ «الأصيل»، ولو سُلِّمَ: فالمعنى المرادُ حاصلٌ من هذه العبارةِ بتقدير ضميرٍ متَّصلٍ يتوجَّبُ مفعولًا له عائدًا إلى البراءة، فصار البراءةُ الثَّانيةُ فاعلةً، فكأنَّه قال: وبراءةُ الكفيلِ توجبُها براءةُ الأصيل(٤).

(١) «بها» في (ش٤) و(م٢): «بمئة».

(٢) «الكفيل» في (ش٣) و(ش٤): «الأصيل».

(٣) «الهداية»: (٣/ ٩١)، ويُنظر: «الكافي»: (٧/ ٢٥)، و«درر الحكّام»: (٢/ ٣٠٣).

(٤) ويمكن أيضًا أن يُقال: إنَّ الأصل ههنا الأصيل؛ لأنَّ الشَّارح قد قصد الإشارة إلى الفرق بين صلح الكفيل عن نفس الدَّين، وبين صُلحه عن موجوب الكفالة، فبالغ فيه حيث جعل في الأوَّل الأصل في البراءة الكفيل؛ لكونه باعثًا لبراءة الأصيل؛ لأنَّ المخاطب بالإبراء ههنا هذا الكفيل،=

وأمَّا عند الآخرين: فإنَّ المكفولَ له إذا ملَكَ الدَّينَ مِنَ الكفيل، إمَّا بالهبة، أو بالمعاوَضة: فالدَّينُ يُجعَلُ ثابتًا في ذمَّة الكفيلِ ضرورةَ صحَّةِ التَّمليك[١]، كذا قالوا.

(وإن صالَحَ⁽¹⁾ عن موجَبِ الكَفالَةِ⁽²⁾: لم يَبرَأِ الأصيلُ)؛ لأنَّ هذا الصُّلحَ إبراءُ الكفيلِ عنِ المطالَبة، ولا يوجِبُ براءةَ الأصيل.

(وإن قالَ الطَّالِبُ للكَفيلِ: «بَرِئتَ إلَيَّ مِنَ المالِ»: رَجَعَ على أصيلِهِ)؛ لأنَّ البراءةَ التي ابتداؤها مِنَ الكفيل انتهاؤها إلى الطَّالب: لا تكونُ إلَّا بإيفاءٍ، كأنَّه قال: «بَرِئتَ بالأداء إليَّ»، فيرجعُ بالمال على الأصيل إذا كانتِ الكفالةُ بأمره.

(وكذا في: «بَرِئتَ» عندَ أبي يوسُفَ خِلافًا لمُحَمَّدٍ).

---

[١] قولُه: (ضرورةَ صحَّةِ التَّمليك) يعني: لمَّا صدرَ التَّمليكُ بأحد هذَينِ الوجهَينِ معَ ثبوتِ علاقةِ الكفالةِ بينَ الكفيلِ والمكفولِ له: حُكِمَ بالضَّرورة لصحَّة هذا التَّمليك؛ صونًا لفعل العاقلِ عن كونه لغوًا محضًا، وأمَّا قبل الكفالة: فلا علاقةَ بينَهما أصلًا، فلا يجوزُ التَّمليكُ أصلًا؛ لأنَّه تمليكُ الدَّينِ من غير مَن عليه الدَّينُ حقيقةً وحكمًا، وفيه نوعُ خفاءٍ بعدُ.

= فكأنَّه ظهر أثره فيه أوَّلًا، ثمَّ يسري إلى الأصيل؛ لكونه صُلحًا عن الدَّين وهو عليه، ولهذا لو صالح عن موجب الكفالة: اقتصر البراءة عليه، وفيه أيضًا رائحة المشاكَلة بين الفصلين، فإنَّ نظمَ الكلامِ ههنا وبراءةَ الكفيل يوجِبُ براءةَ الأصيل، وفي الصُّلح عن الموجب وبراءته لا يوجب براءة الأصيل، فعلى هذا لا إشعارَ لأصالة الكفيل في البراءة؛ بل المقصود بيان اجتماعهما فيها، وتقديم براءة الكفيل للنُّكتة التي ذُكِرَت، هذا ما تيسَّر في كشف هذا المقام من مفاتيح خزائن الملك العلَّام (مِنهُ).

(١) أي: الكفيل.

(٢) أي: عمَّا وجب بالكفالة، وهو المطالبة على شيءٍ بشرط إبراء الكفيل خاصَّةً.=

له: أنَّ البراءةَ تكونُ بالأداء أوِ الإبراء، فيثبتُ الأدنى.

ولأبي يوسُف: أنَّه أقرَّ بالبراءة التي ابتداؤها مِنَ المطلوب، وهي بالأداء، فيرجِع.

(وفي: «أبرَأْتُكَ»: لا يَرجِعُ) قيلَ في جميع ذلك: إن كانَ الطَّالبُ حاضرًا: يرجِعُ إليه في البيان.

(ولا يَصِحُّ تَعليقُ البَراءَةِ عنِ الكَفالَةِ بالشَّرطِ[1] كسائرِ البَراءاتِ).

---

[١] قولُه: (ولا يَصِحُّ تَعليقُ البَراءَةِ عنِ الكَفالَةِ بالشَّرط) مثلَ أن يقول: «إذا جاءَ غدٌ: فأنتَ بريءٌ منَ الكفالة»؛ لأنَّها ليست بإسقاطٍ محضٍ؛ لما فيه من معنى التَّمليك، كذا في سائر البراءات، والتَّعليقُ إنَّما يصحُّ في الإسقاط المحض، ورُدَّ بما لو كفلَ بالمال وبالنَّفس وقال: «إن وافيتُكَ به غدًا: فأنا بريءٌ منَ المال»، فوافاه منَ الغد، فهو بريءٌ منَ المال، فقد جُوِّزَ تعليقُ البراءةِ في الكفالة بموافاة المكفولِ له، والمسألةُ في «الإيضاح»(١).

ويُروى أنَّه يصحُّ؛ لأنَّها إسقاطٌ محضٌ كالطَّلاق؛ لأنَّ على الكفيل المطالبةَ دونَ الدَّينِ في الصَّحيح، ولهذا لا يرتدُّ الإبراءُ عنِ الكفيل بالرَّدِّ، بخلاف إبراءِ الأصيل، والإسقاطُ المحضُ يصحُّ تعليقُه، وقيلَ في وجه اختلافِ الرِّوايتَين: إنَّ عدمَ الجوازِ إنَّما هو إذا كان الشَّرطُ مجرَّدَ شرطٍ لا منفعةَ للطَّالب فيه أصلًا؛ كقولِه: «إذا جاءَ غدًا» ونحوِه؛ لأنَّه غيرُ متعارَفٍ فيما بينَ النَّاس، كما لا يجوزُ تعليقُ الكفالةِ بشرطٍ ليس للنَّاس فيه تعاملٌ، أمَّا إذا كان بشرطٍ فيه نفعٌ للطَّالب وله تعاملٌ: فتعليقُ البراءةِ

= «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٤٧).

(١) «الإيضاح» للكرماني: (ق: ٥١٥) مخطوط مكتبة جار الله.

[ما لا تصحُّ الكفالةُ به]

١- (ولا الكَفالَةُ بما تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤهُ[١] مِنَ الكَفيلِ؛ كالحُدودِ والقِصاصِ،

ذخيرة العقبى

صحيحٌ؛ كالمسألةِ المنقولةِ منَ «الإيضاح»، فإنَّ فيه نفعًا للطَّالب؛ لما فيه من براءةِ بعضٍ واستيفاءِ بعضٍ، ومثلُه متعامَلٌ.

[١] **قولُه:** (بما تَعَذَّرَ استيفاؤُهُ) وهذه ضابطةٌ لما لا تصحُّ الكفالةُ به، والمرادُ منَ التَّعذُّر هنا: عدمُ الصِّحَّةِ شرعًا؛ لأنَّ عدمَ تعذُّرِ الضَّربِ وقطعِ الرَّقبةِ ظاهرٌ، لكنَّه لا يصحُّ شرعًا، وإنَّما عبَّرَ عنه بالتَّعذُّر(١)؛ مبالغةً في نفي الصِّحَّةِ الشَّرعيَّة، فإذا كفلَ رجلٌ من آخرَ(٢) بما عليه منَ الحدِّ والقِصاص: لم تصحَّ كفالتُه، حيثُ لا يصحُّ الاستيفاءُ منه؛ لأنَّه يعتمدُ الإيجابُ عليه، وهو متعذِّرٌ؛ إذِ الوجوبُ عليه إمَّا أن يكونَ أصالةً وهو خلافُ المفروضِ، أو نيابةً وهي لا تجري في العقوبات، قالوا(٣): لأنَّ المقصودَ هو الزَّجر، ولا يحصلُ(٤) بالإقامة على النَّائب، وفيه مناقشةٌ مذكورةٌ في «الأكمليَّة»، فلْيُنظَرْ فيها(٥).

(١) في «العناية»: «بعدم الإمكان» بدل «بالتَّعذُّر».

(٢) في «العناية»: «عن آخر» بدل «من آخر».

(٣) أي: في تعليل عدم جريانها فيه (مِنهُ).

(٤) زاد في (ح٣) و(ح٥): «إلَّا».

(٥) حيث قال: (٧/ ١٩٧): ((إنَّ الزَّجر إمَّا أن يكون للجاني، بأن لا يعود إلى مثل ما فعل، أو لغيره، فإن كان الأوَّل: فقد لا يحصل المقصود؛ كما ترى بعضَ المتهتّكين يعودون إلى الجناية، وإن كان الثَّاني: فقد يحصل المقصود بالإقامة على النَّائب، هذا في الحدود، وأمَّا في القصاص: فالأوَّل منتفٍ قطعًا؛ لعدم تصوُّره بعد الموت أصلًا لا محالة.

والثَّاني: كما في الحدِّ، ولعلَّ الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنَّه لم يُروَ عن أحدٍ من أهله خلافٌ في جريانها في العقوبات، فيكون التَّشكيك حينئذٍ تشكيكًا في المسلَّمات، وهو غير مسموعٍ))، كذا في «العناية» (مِنهُ).

وبالمَبيعِ بخِلافِ الثَّمَنِ[١]).

اعلم أنَّ الكفالةَ بتسليم المبيعِ تصحُّ، لكن لو هلكَ: لا يجبُ على الكفيل شيءٌ، فمرادُ «المتنِ»: الكفالةُ بماليَّة المبيع[٢]؛ وذلك لأنَّ ماليَّته غيرُ مضمونٍ على الأصيل، فإنَّه لو هلكَ: ينفسِخُ البيع، ويجبُ ردُّ الثَّمن.

٢- (وبالمَرهونِ[٣]) أي: بماليَّته، لكن تصحُّ بتسليم المرهون، فلو هلك: لا يجبُ عليه شيءٌ.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه(١): (وبخِلافِ الثَّمنِ) أي: الكفالةُ بالثَّمن عنِ المشتري جائزةٌ بلا خلافٍ؛ لأنَّه دَينٌ صحيحٌ كسائرِ الدُّيون، فإفرادُه بالذِّكر ههنا؛ لزيادة توضيحِ حالِ المبيعِ بناءً على قضيَّة تبيُّنِ الأشياءِ بالأضداد.

[٢] قولُه: (بماليَّةِ المبيع) بأن يقولَ الكفيلُ للمشتري: «إن هلكَ المبيع: فعليَّ بدلُه»؛ لأنَّه عينٌ مضمونٌ بغيره، وهو الثَّمن، ومن شرط صحَّةِ الكفالةِ أن يكونَ المكفولُ به مضمونًا على الأصيل بحيثُ لا يُمكنُه أن يخرجَ عنه إلَّا بدفعه أو دفعِ بدلِه، والمبيعُ قبل القبض ليس بمضمونٍ بنفسه؛ بل بالثَّمن كما صرَّحَ به الشَّارحُ.

[٣] قولُه: (وبالمَرهونِ) أي: لا تصحُّ الكفالةُ بماليَّته، وتصحُّ بتسليمه، هذا مخالفٌ لما في «الذَّخيرة»(٢) من أنَّ الكفالةَ عنِ المرتهِن للرَّاهن لا تصحُّ، سواءٌ جُعِلَتِ الكفالةُ بعين الرَّهنِ أو بردِّه متى قضى الدَّين، وجوابُه: أنَّه يجوزُ أن يُحمَلَ أمثالُ هذا على اختلاف الرِّوايتَين.

---

(١) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(بماليَّة المبيع)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

(٢) «الذَّخيرة البرهانيَّة»: (١٥/ ٣٩٩).

فالحاصلُ: أنَّ الكفالةَ بماليَّة الأعيانِ المضمونةِ بالغير: لا تصحُّ[١]، فأمَّا بالأعيان المضمونةِ بنفسها: تصحُّ عندنا[٢] خلافًا للشَّافعيِّ(١)، وذلك مثلُ: المبيعِ بيعًا فاسدًا، والمغصوب، والمقبوضِ على سَومِ الشِّرى، فإنَّه مضمونٌ بالقيمة.

٣- (وبالأمانَةِ؛ كالوَديعَةِ، والعارِيَةِ(٢)، والمُستأجَرِ، ومالِ المُضارَبَةِ، والشَّرِكَةِ) قالوا: الكفالةُ بماليَّة الوديعةِ والعارِيةِ: لا تصحُّ[٣]، أمَّا بتمكين المالكِ

---

[١] **قولُه**: (فالحاصلُ: أنَّ الكفالةَ بالأعيانِ المضمونةِ بالغير: لا تصحُّ) حتَّى لو هلكَ الرَّهنُ في يد المرتهِن: صار مستوفيًا لدَينه، ولا يلزمُه مطالبتُه، فلا تُتصوَّرُ الكفالة، ومعنى المضمونةِ بالغير: أن لا يكونَ مضمونًا بقيمته عند الهلاك؛ لأنَّ المضمونَ بالقيمة هو مضمونٌ بعينه؛ لأنَّ للقيمة حكمَ العينِ في ذوات القيم، فأمكنَ إيجابُه على الكفيل، كذا في «التَّبيين»(٣).

[٢] **قولُه**: (فأمَّا بالأعيانِ المضمونةِ بنفسِها: تصحُّ عندنا) ويجبُ على الكفيل تسليمُ العينِ ما دامَ قائمًا، وتسليمُ قيمتِه عند الهلاك؛ لأنَّ هذا هو معنى الأعيانِ المضمونةِ بعينها.

[٣] **قولُه**: (كذا قالوا: الكفالة بماليَّةِ الوديعةِ والعاريةِ: لا تصحُّ)؛ لأنَّ موجَبَ الكفالةِ وجوبُ ما هو مضمونٌ على الأصيل على الكفيل، فإذا كان العينُ أمانةً غيرَ مضمونةٍ على الأصيل: لا يجبُ ضمانُها على الكفيل أيضًا، كذا في «البيانيَّة»(٤).

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»: (٢/ ١٥٠).

(٢) في (ش١) و(ش٤) و(ش٥) و(م١) و(م٢): «والمستعار».

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٥٨).

(٤) «غاية البيان»: (١٠/ ٦١١).

من أخذ الوديعةِ: تصحُّ، وكذا بتسليم العارِية[١].

٤- (وبالحَملِ على دابَّةٍ مُستَأجَرَةٍ مُعَيَّنَةٍ) إذ لا قدرةَ له على تسليم دابَّةِ المكفولِ عنه[٢] (بخِلافِ غيرِ المُعَيَّنَةِ) فإنَّ المستحَقَّ ههنا الحملُ على أيِّ دابَّةٍ كانت، فالقدرةُ ثابتةٌ هنا.

٥- (وبخِدمَةِ عَبدٍ مُستَأجَرٍ لها مُعَيَّنٍ)؛ لِما ذُكِرَ في الدَّابَّة(١).

٦- (وعن مَيِّتٍ مُفلِسٍ) هذا عند أبي حنيفةَ بناءً على أنَّ ذمَّةَ الميِّتِ قد ضعُفَت، فلا يجبُ عليها إلَّا بأن يتقوَّى بأحد الأمرَين:

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وكذا بتسليمِ العارِية) والمستأجَر، والأصلُ فيه: أنَّ الكفالةَ بتسليم واجبِ التَّسليم: صحيحةٌ، وبتسليم ما لا يكونُ كذلك: لا(٢)، ولهذا يجوزُ في العارية والمستأجَر؛ لأنَّ التَّسليمَ واجبٌ فيهما، وقدِ التزمَ الكفيلُ بالفعل الواجب فيجوز، ولا يجوزُ في الوديعة ومالِ المضارَبةِ والشَّركة، فإنَّ التَّسليمَ فيها ليس بواجبٍ على الأصيل؛ بلِ الواجبُ عدمُ المنعِ عند الطَّلب، فلا يُمكنُ إيجابُه على الكفيل، هذا زبدةُ كلامِ الزَّيلعيِّ(٣).

[٢] قولُه: (إذ لا قدرةَ له على تسليمِ دابَّةِ المكفولِ عنه) فيه بحثٌ؛ لأنَّ التَّعليلَ بنفي القدرةِ على التَّسليم يُشعرُ بعدم جوازِ الكفالةِ بتسليم الدَّابَّةِ المعيَّنة(٤)، وهو خلافُ ما صرَّحَ به أكثرُ الفضلاء، حتَّى قال صاحبُ «العناية»(٥): ((اعلمْ أنَّ مَنِ استأجَرَ إبِلًا

(١) من كونه عاجزًا عمَّا كفل به. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٥٥).

(٢) في (ح٥): «لا تصحُّ».

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٥٨).

(٤) في (ح٥): «الغير المعيَّنة».

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٠٠). وفيه: «دابَّة» بدل «إبِلًا».

- إمَّا أن يبقى منه مالٌ.

- أو يبقى كفيلٌ كفَلَ عنه في أيَّام حياتِه، فحينئذٍ يكونُ الدَّينُ دَينًا صحيحًا، فتصحُّ الكفالة.

وعندهما: إذا ثبتَ الدَّينُ ولم يوجَد مسقِطٌ: يكونُ دَينًا صحيحًا، فتصحُّ الكفالة.

٧- (وبلا قَبولِ الطَّالِبِ في المَجلِسِ) وعند أبي يوسُف: إذا بلَغَه الخبرُ وأجاز: جاز[١]، وهذا الخلافُ في الكفالة بالنَّفس والمالِ (إلَّا إذا كَفَلَ عن مورِّثِهِ في مَرَضِهِ معَ غَيبَةِ غُرَمائِهِ) **صورتُه**: أن يقولَ المريضُ لوارثه في غَيبة الغُرماء:

معيَّنةً للحمل، فكفلَ بتسليمها رجلٌ: صحَّتْ))، ثمَّ قال: ((وإنِ استأجرَها معيَّنةً للحمل، وكفلَ رجلٌ بالحمل: لم يصحَّ؛ لأنَّ الكفيلَ عاجزٌ عنِ الحمل على الدَّابَّة المعيَّنة؛ لأنَّها ليست في مِلكه)).

أقول: هذا التَّعليلُ(١) بعينه جارٍ في الكفالة بالتَّسليم، فينبغي أن لا تصحَّ أيضًا معَ أنَّها صحيحةٌ اتِّفاقًا، ولصاحب «العناية» في هذا التَّعليلِ نظرٌ، فليُنظَرْ فيها(٢).

[١] **قولُه**: (وأجاز: جاز) وفي «الهداية»(٣): ((ولم يشترطْ أبو يوسفَ في بعض النُّسخِ الإجازة))، فقال الأكمل(٤): ((له في وجه الرِّوايةِ التي لم يشترطِ الإجازةَ فيها

(١) ولو لم يعلِّله بعدم الملك: لم يرِدْ عليه ما قلنا (مِنهُ).

(٢) حيث قال: (٧/ ٢٠٠): ((وفيه نظرٌ؛ لأنَّ عدم القدرة من حيثُ كونُه ملك الغير لو منعَ صحَّتها: لما صحَّت بالأعيان مطلقًا كما ذهب إليه الشَّافعيُّ، واستدلَّ به على عدم جوازها في الأعيان مطلقًا)) (مِنهُ).

(٣) «الهداية»: (٣/ ٩٣).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٠١) وفيها: «تشترط» بدل: «يشترط».

«تكفَّل عنِّي بما عليَّ مِنَ الدَّين»، فكفَل، فإنَّما تصحُّ؛ لأنَّ ذلك في الحقيقة وصيَّةٌ؛ ولهذا لا يُشترَطُ تسميةُ المكفولِ له.

٨- (وبمالِ الكِتابَةِ، حُرٌّ كَفَلَ به أو عَبدٌ)؛ لأنَّه دَينٌ ثبتَ[1] مع المُنافي[١]، وإنَّما قال: «حرٌّ تكفَّلَ به أو عبدٌ»؛ لدفع توهُّمِ أنَّ كفالةَ العبدِ به ينبغي أن تصحَّ؛ لأنَّه يجوزُ

ذخيرة العقبى

أنَّه تصرُّفُ التزامٍ، وهو ظاهرٌ، وكلُّ ما هو كذلك يستبدُّ به الملتزِمُ؛ كالإقرارِ والنَّذر، فهذا يستبدُّ به الملتزِم))، وقال في «الكفاية»[2]: ((وهو الأصحُّ)).

ولهما في عدم صحَّةِ الكفالةِ بالنَّفس والمالِ إلَّا بقَبول الطَّالبِ في مجلس العقد: أنَّ في عقد الكفالةِ معنى التَّمليك؛ لأنَّ فيه تمليكَ المطالبةِ منَ الطَّالب، فلا يتمُّ بعد الإيجاب إلَّا بالقَبول، والموجودُ شطرُ العقد، فلا يتوقَّفُ على ما وراءَ المجلس؛ لأنَّ معنى التَّوقُّفِ عليه جعلُ قولِه: «كفلتُ لفلانٍ عن فلانٍ بكذا» عقدًا تامًّا، لكنَّه تصرُّفٌ للغير، فيتوقَّفُ على رضاه، وهما لا يقولانِ به، وأمَّا لو قبِلَه عنِ الطَّالب فضوليٌّ: توقَّفَ على إجازته؛ لوجود شطرَيه، كذا في «العناية» و«الكافي»[3].

[١] قولُه: (ثبتَ معَ المُنافي) وهو دَينُ المولى على مملوكه، فإنَّ له أن يُعجِزَ نفسَه في أيِّ وقتٍ أراد، وإذا عجَزَ: سقط مالُ الكتابة، فلو صحَّتِ الكفالةُ به على هذا الوجه: لَما حصلَ المقصود، وهو الاستيفاء، كذا في «شرح الكنز» للقوجِحصاري[4].

---

(١) في (ش٣) زيادة: «به».

(٢) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣١٥).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٠٢)، و«الكافي»: (٧/ ٢٩).

(٤) «إيضاح الكنز»: (ق٢٤١).

ثبوتُ مثلِ هذا الدَّينِ عليه؛ لأنَّ العبدَ محلُّ الكتابة، فخصَّه[1] دفعًا لهذا الوهم.

(ولا يَرجِعُ أصيلٌ بألفٍ أدَّى إلى كَفيلِهِ وإن لم يُعطِها طالِبَهُ) أي: إذا عجَّلَ الأصيل، فأدَّى المالَ إلى الكفيل الذي كفَلَ بأمره: ليس له أن يستردَّها معَ أنَّ الكفيلَ لم يُعطِها للطَّالب، كما إذا عجَّلَ أداءَ الزَّكاة؛ لأنَّ الكفالةَ بأمر المكفولِ عنه انعقدَت سببًا لدينَين[2]: دَينِ الطَّالبِ على الكفيل، ودَينِ الكفيلِ على المكفول عنه مؤجَّلًا إلى وقت أدائه، فإذا وُجِدَ السَّببُ وعُجِّلَ: صحَّ الأداء، وملَكَه الكفيل، فلا يستردُّ المكفولُ عنه، وهذا بخلاف ما إذا أدَّاه[3] على وجه الرِّسالة؛ لأنَّه حينئذٍ تمحَّضَ أمانةً في يده.

---

[١] قولُه: (فخصَّه) أي: أفردَه بالذِّكر.

[٢] قولُه: (سببًا للدَّينَين) قيل عليه: هذا مخالفٌ لما سبق من أنَّ الأصحَّ أنَّ الكفالةَ ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في المطالَبة، وليس من ضرورة تصحيحِ تصرُّفِ الأداءِ اعتبارُ ثبوتِ الدَّينِ للطَّالب على الكفيل، حتَّى يُعتبَرُ لأجل الضَّرورة كما يُعتبَرُ لأجل تصحيحِ تصرُّفِ الهبة، كما صرَّحَ به الأكملُ سابقًا في شرح قولِ صاحبِ «الهداية»(١): «فإن كفلَ بأمره: رجعَ بما أدَّى»، حيثُ قال(٢): ((إنَّ الكفالةَ ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ في المطالبة إذا لم يكنْ هناك ضرورةٌ، وأمَّا إذا كانت: فيجوزُ أن يُجعَلَ في الدَّين)) اهـ.

أُجيبَ عنه: بتنزيل المطالبةِ المجرَّدةِ منزلةَ الدَّينِ المؤجَّل.

[٣] قولُه: (هذا بخلاف ما أدَّى... إلخ) إشارةٌ إلى قوله: «وملَكَه» بدون اعتبارِ

---

(١) «الهداية»: (٣/ ٩١).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ١٩٠).

(وما رَبِحَ فيها الكَفيلُ: فهو له، لا يَتَصَدَّقُ به) أي: إذا عاملَ الكفيلُ في الألف التي أدَّى الأصيلُ إليه، وربِحَ فيها: فالرِّبحُ له حلالًا طيِّبًا[1]، لا يجبُ تصدُّقُه؛ لِما ذكَرنا أنَّه ملكُه.

ذخيرة العقبى

قولِه: «فلا يستردُّه معَه»؛ لأنَّ الأداءَينِ على وجه القضاءِ وعلى وجه الرِّسالة سواءٌ في عدم الاستردادِ كما صرَّحَ به مفتي الثَّقلَين(١)، وتبِعَه شرَّاحُ «الهداية»(٢) و«الزَّيلعيِّ»(٣).

ولكن قال صاحبُ «العناية»(٤) في شرح قولِ «الهداية»(٥): «بخلاف ما إذا كان الدَّفعُ على وجه الرِّسالة»: ((يعني: يرجعُ الأصيلُ على الكفيل بالمدفوع إليه؛ لأنَّه أمانةٌ عنده)).

وقال صاحبُ «الكفاية»(٦): ((لكن ذُكِرَ في كتاب الكفالةِ منَ الكبرى(٧): قال الحسنُ بنُ زيادٍ: قال أبو اللَّيث: أمَّا إذا دفعَه على وجه الرِّسالة: فله الاسترداد))، والإنصافُ أنَّ الأقربَ إلى الحقِّ هو الثَّاني؛ لانتفاء المانعِ منَ الاسترداد رأسًا؛ لكونه أمانةً محضًا لا أثرَ للمِلك فيه أصلًا.

[١] **قولُه**: (فالرِّبحُ له حلالًا طيِّبًا) هذا إذا قبضَه على وجه القضاء، وأمَّا إذا قبضَه

(١) حيث قال: (٧/ ٣٧): ((إذا كان الدَّفع على وجه الرِّسالة، بأن قال للكفيل: «خذ هذا المال وادفعه إلى الطَّالب»، حيث لا يصير المؤدَّى مِلكًا للكفيل؛ بل هو أمانةٌ في يده، ولكن لا يكون للمطلوب أن يستردَّه من يد الكفيل؛ لأنَّه تعلَّق بالمؤدَّى حقُّ الطَّالب، فالمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك، فلا يقدر عليه))، انتهى كلامه في «شرح وافيه»: (مِنهُ).

(٢) يعني: «العناية»: (٧/ ٢٠٧)، و«الكفاية»: (٦/ ٣٢٠)، و«الدِّراية»: (٦/ ٣١٠) (مِنهُ).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٦٢)، و«الكافي»: (٧/ ٣٧)، و«العناية»: (٧/ ٢٠٧).

(٤) لم أقف عليها في «العناية»، وهي بلفظها في «غاية البيان»: (١٠/ ٦٢٦).

(٥) «الهداية»: (٣/ ٩٣).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٢٠).

(٧) «الفتاوى الكبرى»: (ق: ٢٣٤)

(ورِبحُ كُرٍّ كَفَلَ به وقَبَضَه له، ورَدُّه على قاضيهِ أَحَبُّ).

قوله: «ورِبحُ كُرٍّ» مبتدأٌ، «له»: خبرُه.

أي: إن(١) كانتِ الكفالةُ بكُرِّ حنطةٍ، فأدَّاه الأصيلُ إلى الكفيل، فباعَه الكفيل، فربِحَ فيه: فالرِّبحُ له، لكن ردَّه إلى قاضيه - وهو الأصيلُ - أحبُّ، لأنَّه تمكَّنَ فيه خبثٌ بسبب أنَّ للأصيل حقَّ استردادٍ، على تقدير أن يقضيَ الأصيلُ الدَّينَ بنفسه، فيكونُ حقُّ الأصيلِ متعلِّقًا به، فهذا الخبثُ يعملُ فيما يتعيَّنُ بالتَّعيين كالكُرِّ، بخلاف ما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين؛ كالدَّراهمِ والدَّنانيرِ في المسألة السَّابقة، وهذا عند أبي حنيفة[١].

وعندهما: لا يكونُ الرَّدُّ إلى قاضيه أحبَّ؛ إذ لا خبثَ فيه أصلًا.

(كَفيلٌ أمَرَهُ أصيلُهُ بأن يَتَعَيَّنَ(٢) عليه ثَوبًا، ففَعَلَ: فهو له) أي: أمرَ الأصيلُ

على وجه الرِّسالة: فالرِّبحُ لا يطيبُ له على قول الأعظمِ والرَّبَّانيِّ؛ لأنَّه ربحٌ من أصلٍ خبيثٍ، وفي قول الثَّاني: يطيب؛ لأنَّ الخَراجَ بالضَّمان، كذا في شروحِ «الهداية»(٣).

[١] قولُه: (وهذا عند أبي حنيفة) وفي روايةٍ عنه: أنَّه لا يردُّه؛ بل يصَّدَّق، وعندهما: لا يردُّ ولا يتصدَّق، قال شرَّاحُ «الهداية»(٤): ((هذا إذا قبضَه على وجه الاقتضاء(٥)، وأمَّا إذا قبضَه على وجه الرِّسالة: فعلى ما تقدَّمَ منَ الاختلاف فيما لم يتعيَّنْ)).

(١) «إن»: سقط من (ش٣) و(ش٤). (٢) في (ش١): «يعين».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٠٩)، و«معراج الدِّراية»: (٦/ ٣١٠)، و«النِّهاية»: (٧/ ٢٨٩).

(٤) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢١٠)، و«الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٢٢).

(٥) في (ح٥): «القضاء».

الكفيلَ بأن يشتريَ ثوبًا بطريق العِينة.

وبيعُ العِينة: أن يستقرِضَ رجلٌ[١] **من تاجرٍ شيئًا، فلا يُقرضَه قرضًا حسنًا، بل يُعطيه عَينًا، ويبيعُها مِنَ المستقرِض بأكثرَ مِنَ القيمة**(١)**، فالعينةُ مشتقَّةٌ مِنَ العَين، سُمِّيَ بها لأنَّه إعراضٌ عنِ الدَّين.......**

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وبيعُ العِينة: أن يستقرِضَ رجلٌ... إلخ) قال في «الهداية»(٢): ((وهو مكروهٌ؛ لما فيه منَ الإعراض عن مبرَّة الإقراضِ مطاوَعةً لمذموم البخل))(٣).

وقال في «الأكمليَّة»(٤) بعد تصويرها ببعض صورِها: ((وهو مذمومٌ اخترعَه أَكَلةُ الرِّبا، وقد ذمَّهم رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «**إذا تبايعتُم بالعِيَن، واتَّبعتُم أذنابَ البقر: ذللتُم، وظهرَ عليكم عدوُّكم**»(٥)(٦)، وقيل: وإيَّاكم والعِينةَ، فإنَّها لعينةٌ)).

---

(١) صورة المسألة: أن يأتي الرَّجل رجلًا ليستقرضه، فلا يرغب المقرض في الإقراض طمعًا في الفضل الذي لا يناله بالقرض، فيقول: «لا يتيسَّر لي القرض، ولكن أبيعك هذا الثَّوب باثنتي عشر درهمًا، وقيمته عشَرةٌ إلى أجلٍ، لتبيعه أنت في السُّوق بعشرة، فيحصل إلى ربح درهمين». «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٥٩).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٩٤).

(٣) وروي عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «**البخيل بعيدٌ من الله، بعيدٌ من النَّاس، بعيدٌ من الجنَّة، قريبٌ من النَّار، والسَّخيُّ قريبٌ من الله، قريبٌ من النَّاس، قريبٌ من الجنَّة، بعيدٌ من النَّار**»، كذا في «البيانيَّة»: (١٠/ ٦٣٢) نقلًا من باب فضل الصَّدقة، من كتاب «تنبيه الغافلين»: (ص ٣٠٨) (مِنهُ). الحديث أخرجه التِّرمذيُّ (١٩٦١) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢١٢)، وفيها: «يَّاك» بدل: «وإيَّاكم».

(٥) وأخرج أبو داود (٣٤٦٢) عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا بنحوه.

(٦) ومعنى الحديث - والله أعلم ورسوله -: إذا اشتغلتم بالتِّجارة أو الزِّراعة، وتركتم الجهاد: تصيرون أذلَّاء، وغلبت الكفَّار عليكم، حتَّى طَمِعَ في أموالكم، كذا في «المغرب»: (عين)،=

....

ذخيرة العقبى

أقول: هذا مخالفٌ لما نقلَه الإمامُ قاضيخان في «فتاواه» في باب الفرارِ منَ الرِّبا من كتاب البيوع، حيثُ قال بعد تصويرها بقوله[1]: ((رجلٌ له على رجلٍ عشرةُ دراهم، فأرادَ أن يجعلَها ثلاثةَ عشَرَ إلى أجلٍ، قالوا: يشتري منَ المديونِ شيئًا بتلك العشَرة، ويقبضُ المبيع، ثمَّ يبيعُ منَ المديونِ بثلاثةَ عشَرَ إلى سنةٍ، فيقعُ التَّحرُّز عنِ الحرام، ومثلُ هذا مرويٌّ عن رسول اللهِ ﷺ أنَّه أمرَ بذلك)).

ثمَّ قال بعد تَعداد صورِها التي كتبناها في حاشية هذه الرِّسالة[2]: ((وهذه الحيَلُ

= **ونحن نقول**: ليس في هذا المعنى ما يدلُّ على ذمِّ البيع أصلًا، فليُتأمَّل (مِنهُ).
والحديث أخرجه أبو داود (٣٤٦٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(١) «فتاوى قاضيخان»: (٢/ ٢٥٠)، وفيها: «التَّجوُّز» بدل: «التَّحرُّز»، وفي بعض النُّسخ: «التَّجرُّز» بالحيم.

(٢) ((منها: أنَّ رجلًا طلب من رجلٍ دراهم ليقرضَه بده دوازده، فوضع المستقرِض متاعًا بين يدَي المقرض، فيقول للمقرِض: «بعت منك هذا المتاع بمئة درهمٍ»، فيشتري المقرض، ويدفع إليه الدَّراهم، ويأخذ المتاع، ثمَّ يقول المستقرض للمقرض بعدما قرَّر المعاملة: «كلُّ عقدٍ وشرطٍ كان بيننا: فقد تركتُه»، ثمَّ يعقدان بيع المتاع، وهذه المسألة دليلٌ على جواز بيع الوفاء إذا لم يكن الوفاء شرطًا في البيع، هذا إذا كان المتاع للمستقرِض، فإن كان المتاع للمقرِض، وليس للمستقرِض شيءٌ، ويريد أن يقرضه عشَرةً بثلاثةَ عشَرَ إلى أجلٍ: فإنَّ المقرِضَ يبيع من المستقرض سلعةً بثلاثةَ عشَرَ، ويسلِّمُ السِّلعة إلى المستقرض، ثمَّ إنَّ المستقرِضَ يبيع السِّلعة من أجنبيٍّ بعشَرةٍ، ويدفع السِّلعة إلى الأجنبيِّ، ثمَّ الأجنبيُّ يبيع السِّلعة من المقرض بعشَرةٍ، ويأخذ العشَرةَ منه، ويدفعها إلى المستقرض، فيبرأ الأجنبيُّ من الثَّمن الذي كان عليه للمستقرض، فتصل السِّلعة إلى المقرِض بعشَرةٍ، وللمقرِض على المستقرِض ثلاثةَ عشَرَ إلى أجلٍ.
وحيلةٌ أخرى: أن يبيع المقرِض من المستقرض سلعةً بثلاثةَ عشَرَ إلى أجلٍ معلومٍ، ويدفع السِّلعة إلى المستقرِض، ثمَّ يبيعها المستقرِض من الأجنبيِّ، ثمَّ إنَّ المستقرِضَ يقبل البيع مع الأجنبيِّ قبل القبض أو بعده، ثمَّ يبيعها المستقرِض من المقرض بعشَرةٍ، ويأخذ العشَرة، فيحصل للمستقرض عشَرةٌ، وعليه للمقرِض ثلاثةَ عشَر، وتصل السِّلعة إلى المقرض،=

إلى العين[١]، فالأصيلُ أمرَ كفيلَه بأن يشتريَ ثوبًا بأكثرَ مِنَ القيمة ليقضيَ به دينَه، ففعل، فالثَّوبُ للكفيل؛ لأنَّ هذه وكالةٌ فاسدةٌ؛ لعدم تعيُّنِ الثَّوبِ والثَّمن.

ذخيرة العقبى

هي العِينة التي ذكرَها محمَّدٌ، قال مشايخُ البلخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: بيعُ عِينةٍ في زماننا خيرٌ منَ البيوع التي تجري في أسواقنا، وعن أبي يوسفَ أنَّه قال: العِينةَ جائزةٌ ومأجورةٌ، وقال: أجرُه لمكان الفِرارِ عنِ الحرام))، وذكرَ الزَّاهديُّ نقلًا منَ «المحيط»(١): أنَّ الاحتيالَ للفِرار عنِ الحرام: مندوبٌ، ولإبطال حقِّ مسلمٍ: عدوانٌ.

والذي تقرَّرَ عند راجي رحمةِ ربِّه بعد مشاهدة كلماتِ الكمَلةِ في هذا الباب: أنَّ مَن خاف مقامَ ربِّه: لا يحومُ حولَ هذه المُبايَعة، ولا يحكمُ بحِلِّها ولا بحرمتها، ولا يُباشرُها، ولا ينهى أحدًا عن مباشَرتها، ولا يأمرُه بها، ولا يُحرِّضُه عليها، ولا يُنفِّرُه عنها، ولا يحضُرُ مهما أمكنَ مجلسَ انعقادِها، ولا يتعرَّضُ لها فعلًا ولا قولًا بالواسطة وبالذَّات، لا بالنَّفي ولا بالإثبات.

[١] قولُه: (إلى العينِ) أي: إلى بيع العينِ بالرِّبح، كذا في «التَّبيين» نقلًا من «المُغرب»(٢).

= والمقرض وإن صار مشتريًا ما باع بأقلّ ممَّا باع قبل نقد الثَّمن، إلَّا أنَّ ذلك جائزٌ؛ لتخلُّل البيع الثَّاني، وهو البيع الذي جرى بين المستقرض والأجنبيّ.
وحيلةٌ أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعةً بثمنٍ مؤجَّلٍ، ويدفع السَّلعة إلى المستقرِض، ثمَّ إنَّ المستقرِض يبيعها من غيره بأقلّ ممَّا اشترى، ثمَّ ذلك الغير يبيعها من المقرِض بما اشترى لتصل السِّلعة إليه بعينها، ويأخذ الثَّمن ويدفعه إلى المستقرض، فيصل المستقرض إلى القرض، ويحصل الرِّبح للمقرض))، انتهى كلام قاضيخان: (٢/ ٢٥٠ - ٢٥١) (مِنهُ).

(١) «المحيط الرَّضويُّ»: (٤/ ٢٢٥)

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٦٣)، و«المغرب»: (ع ي ن).

(وما رَبِحَ بائعُهُ[١]: فعليهِ[٢]) أي: إذا اشترى الثَّوبَ بخمسةَ عشَر، وهو يُساوي عشَرةً، فباعَه بالعشَرة: فالرِّبحُ الذي حصلَ للبائع، وهو الخمسةُ التي صارت خُسرانًا على الكفيل: فعلى الكفيل؛ لأنَّ الوكالةَ لمَّا لم تصحَّ: صار كأنَّه قال: «إنِ اشتريتَ ثوبًا بشيءٍ، ثمَّ بعتَه بأقلَّ من ذلك: فأنا ضامنٌ لذلك الخسران»، فهذا الضَّمانُ ليس بشيءٍ.

(ولو كَفَلَ بما ذابَ له[٣]، أو بما قَضى له عليهِ، وغابَ أصيلُهُ، فأقامَ مُدَّعيهِ بَيِّنَةً على كَفيلِهِ أنَّ لهُ على أصيلِهِ كذا: رُدَّت)؛ لأنَّه إذا أقامَ البيِّنَةَ أنَّ له على أصيله كذا، ولم يتعرَّض لقضاء القاضي به: لا يجبُ على الكفيل؛ لأنَّه كفَلَ بما قضى القاضي به[٤]، ولم يوجَد هذا في الكفالة بما قضى له عليه ظاهرٌ، وكذا بما ذاب له؛ لأنَّ معناه تقرَّر، وهو بالقضاء.

(وإن أقامَ بَيِّنَةً على[٥] أنَّ لهُ على زَيدٍ كذا، وهذا كَفيلُهُ بأمرِهِ: قُضيَ عليهِما) هذا ابتداءُ مسألةٍ لا تعلُّقَ له بما سبق[٦]، وهو الكفالةُ بما ذاب له، وبما قُضيَ له عليه.

صورةُ المسألة: أقامَ رجلٌ بيِّنةً أنَّ له على زيدٍ ألفًا، وهذا كفيلُه بهذا المالِ بأمره: قُضيَ عليهما، ففي هذه الصُّورة: قد كفلَ بهذا المالِ من غير التَّعرُّضِ

....

(١) أي: بائع الثَّوب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٥٩).

(٢) أي: على الكفيل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٥٩).

(٣) أي: بما ثبت ووجب بالقضاء. «حاشية ابن عابدين»: (٥/ ٣٢٦).

(٤) سقط من (ش٢): «به»، و «به» في (ش٣): «له».

(٥) سقط من (ش٢) و(ش٤) و(م١): «على»، وزيادة في (ش٣) (م٢): «كفيله».

(٦) في (ش٣): «قبلها».

لقضاء القاضي، بخلاف المسألةِ المتقدِّمة، فإذا قُضيَ عليهما: يكونُ للكفيل حقُّ الرُّجوعِ على الأصيل، وهذا عندنا.

وعند زفر: لا يرجعُ عليه؛ لأنَّه لمَّا أنكرَ: كان زعمُه أنَّ هذا الحقَّ غيرُ ثابتٍ، بلِ المدَّعي ظلمَه، فلا يكونُ له أن يظلِمَ غيرَه(١).

قلنا: الشَّرعُ كذَّبه، فارتفعَ إنكارُه[١].

(وفي الكَفالَةِ بلا أمرٍ: على الكَفيلِ فقط) أي: إن أقامَ البيِّنةَ على أنَّه كفيلُه بلا أمرِه: يقضي القاضي بالمال على الكفيل فقط.

---

[١] **قولُه**: (فارتفعَ إنكارُه) فيرجعُ عليه كما يرجعُ المشتري على البائع بالثَّمن إذا استُحِقَّ المبيع وإن كان أقرَّ بأنَّ البائعَ باع مِلكَ نفسِه؛ لما ذكرَه الشَّارحُ بقوله: «قلنا: الشَّرع...إلخ».

فإن قيل: كيف يُقضى على الغائب إذا كانتِ الكفالةُ بأمره، والقضاءُ على الغائب لا يجوزُ عندنا؟

قلنا: إذا لم يتوصَّلْ إلى حقِّه على الحاضر إلَّا بإثباته على الغائب: يجوزُ القضاءُ على الغائب، كما إذا ادَّعى عبدٌ أنَّ الحاضرَ اشتراه من فلانٍ الغائبِ فأعتقَه، فأنكرَ الحاضرُ الشِّراءَ والإعتاق: كان الحاضرُ خصمًا عن مولاه، حتَّى إذا أثبتَ العبدُ الشِّراءَ والعتَقَ: نفَذ على الغائب، حتَّى إذا حضر: ليس له أن يدَّعيَه، ذكرَه الزَّيلعيُّ(٢)(٣).

---

(١) في النُّسخ «ظلمٌ»، والمثبت من (ش٥).

(٢) لكنَّ هذا مخالفٌ لما فصَّلناه في فصل خيار العيب، فليُنظَر ثمَّة (مِنهُ). ينظر: (٤/ ٦٤).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٦٤)، وفيه: «مولاه» بدل «فلان».

(ولو ضَمِنَ الدَّرَكَ(١): بَطَلَ دَعواهُ بعدَهُ)؛ لأنَّه ترغيبٌ للمشتري في الشِّراء، فيكونُ بمنزلة الإقرارِ بملك البائع، فلا يصحُّ دعوى مِلكيَّتِه[١] (ولو شَهِدَ وخَتَمَ: لا(٢)) وإنَّما قال: «وختمَ»؛ لأنَّ المعهودَ[٢] في الزَّمان السَّالفِ(٣) كانَ الختمُ في الشَّهادات(٤)؛ صيانةً عنِ التَّغيُّر.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا تصحُّ دعوى مِلكيَّتِه)؛ لأنَّ الكفالةَ إن كانت شرطًا في أوَّل البيع، وهو ملائمٌ للعقد: فتمامُ البيعِ إنَّما يكونُ بقَبول الكفيل، فكأنَّه هو الموجِبُ للعقد، فالدَّعوى بعد ذلك منه سعيٌ(٥) في نقض ما تمَّ من جهته، وهو باطلٌ، ولهذا لو كان الكفيلُ شفيعًا: بطلَتْ شُفعتُه، وإن لم يكن شرطًا: فمعنى الكفالةِ أن يُقال: «اشترِ هذه الدَّارَ ولا تُبالِ، فإنَّها مِلكُ البائع، فإن أدركَكَ دَرَكٌ: فأنا ضامنٌ»، فذلك إقرارٌ بملك البائع، لا تصحُّ دعواه بعد ذلك، وقد أشارَ الشَّارحُ إلى الشِّقِّ الأخيرِ إجمالًا بقوله: «لأنَّه ترغيبٌ للمشتري»، وإنَّما قال: «بمنزلة الإقرار»؛ لأنَّه يؤولُ إليه في المعنى.

[٢] قولُه: (لأنَّ المعهودَ... إلخ) يعني: أنَّ قيدَ الختمِ اتِّفاقيٌّ لا يتفاوتُ الحكمُ بينَ أن يكونَ فيه ختمٌ أو لا، كذا فُهِمَ منَ «الكفاية»(٦).

---

(١) وهو ردُّ الثَّمن عند استحقاق المبيع. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٠).

(٢) أي: لو كتب شهادته على صكِّ الشِّراء، وختم على ذلك الصَّكِّ، ثمَّ ادَّعى الشَّاهد أنَّ الدَّار له: لا تبطل دعواه. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٧٠).

(٣) في (ش٢): «السابق».

(٤) في (ش٣) و(ش٤): «الشهادة».

(٥) وبطلان السَّعي في نقض ما تمَّ من جهته: من مسلَّمات هذا الفنِّ (مِنهُ).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٢٩).

(قالوا: إن كُتِبَ في(١) الصَّكِّ(٢): باعَ مِلكَهُ، أو بَيعًا باتًّا نافِذًا، فهو(٣) كتَبَ[١]: شَهِدَ بذلك: بَطَلَت) أي: بطلَ دعواه بعد هذه الشَّهادة؛ لأنَّ شهادتَه(٤) تكونُ إقرارًا بأنَّ البائعَ قد باع مِلكَه، أو باعَ بيعًا باتًّا(٥) نافذًا، فإذا ادَّعى الملكَ لنفسه: يكونُ مُناقضًا.

(ولو كَتَبَ شَهادَتَهُ على إقرارِ العاقِدَينِ: لا) أي: لا تبطلُ دعواه بعدَ هذه الكتابة؛ لعدم التَّناقُض[٢].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وهو كَتَب) أي: الشَّاهدُ الذي فُرِضَ منه الدَّعوى، وكذا قولُه: (ولو كَتَب) كما لا يخفى.

[٢] قولُه: (لعدمِ التَّناقُض)؛ لأنَّه ليس بتسليمٍ وإن كان المكتوبُ في الصَّكِّ ما يدلُّ على الصِّحَّة والنَّفاذ.

(١) في (ش١) و(م١) و(م٢): «على».
(٢) الصَّكُّ: وثيقةٌ بمالٍ أو نحوه. «المعجم الوسيط»: (الصك).
(٣) في (م١) و(م٢): «وهو».
(٤) قوله: «شهادته» في (ش٣): «هذه الشهادة».
(٥) «باتًّا»: سقط من (ش١).

[فصلٌ في الضَّمان]

(ولو ضَمِنَ العُهدَةَ) أي: اشترى رجلٌ(١)، فضمِنَ أحدٌ(٢) بالعُهدة: فالضَّمانُ باطلٌ؛ لأنَّ العُهدةَ قد جاءت لمعانٍ[١]:

١- للصَّكِّ القديمِ(٣).

٢- وللعقد وحقوقِه.

٣- وللدَّرَك.

فلا يثبتُ أحدُ المعاني بالشَّكِّ.

(أوِ الخَلاصَ) أي: إذا ضمنَ الخلاص: فلا يصحُّ عند أبي حنيفة، وهو أن يشترطَ أنَّ المبيعَ إنِ استُحِقَّ: يُخلِّصُه ويُسلِّمُ عينَه بأيِّ طريقٍ كان، وهذا باطلٌ؛ إذ لا قدرةَ له على هذا.

وعندهما: يصحُّ، وهو محمولٌ على ضمان الدَّرَك[٢].

(أو المُضارِبُ الثَّمَنَ لرَبِّ المالِ) أي: باع المُضارب[٣]، وضمِنَ الثَّمنَ

---

[١] قولُه: (لمعانٍ:... إلخ) وزاد بعضُهم على هذه الأربعة: خيارَ الشَّرط.

[٢] قولُه: (وهو محمولٌ على ضمانِ الدَّرَك)؛ لأنَّ معناه تخليصَ المبيعِ إن قُدِرَ عليه، وردَّ الثَّمنِ إن لم يُقدَرْ عليه، ولو ضمنَ على هذا الوجه: صحَّ بالإجماع.

[٣] قولُه: (باعَ المُضاربُ) أي: من متاع المضارَبة، هذا من فروع أنَّ كلَّ مَن

---

(١) في (ش٥) وهامش (ش٣) زيادة: «ثوباً».

(٢) «أحد» في (ش٣): «آخر».

(٣) في (ش١) زيادة: «والحادث».

لربِّ المال.

(أو الوَكيلُ بالبَيعِ لموَكِّلِهِ) أي: باع الوكيلُ وضمِنَ للموكِّلِ الثَّمن، وإنَّما لا يجوز:

- لأنَّ الثَّمنَ أمانةٌ[١] عند المضارِب والوكيل، فالضَّمانُ تغييرُ حكمِ الشَّرع[٢].

- ولأنَّ حقَّ المطالبةِ للمضارِب والوكيل[٣]، فيصيرانِ ضامنَينِ لنفسهما[٤].

(أو أحَدُ البائعَينِ حِصَّةَ صاحِبِهِ من ثَمَنِ عَبدٍ باعاهُ بصَفقَةٍ: بَطَلَ[٥]، وبصَفقَتَينِ:

ذخيرة العقبى

ترجعُ إليه حقوقُ العقد: لا يصحُّ منه التزامُ مطالَبةِ ما يجبُ فيه، بخلاف مَن لا ترجعُ إليه الحقوق؛ كالرَّسولِ والوكيلِ ببيع الغنائمِ من قِبَل الإمامِ والوكيلِ بالتَّزويج، حيثُ يصحُّ ضمانُهم بالثَّمن والمهر، كذا في «التَّبيين»(١).

[١] قولُه: (لأنَّ الثَّمنَ أمانةٌ) فلو صحَّ ضمانُهما: لكانا ضمينَين، فما فرضناه أمينًا لم يكن أمينًا، وذلك خلَفٌ باطلٌ.

[٢] وقولُه: (تغييرُ حكمِ الشَّرع) وليس للعبد ذلك؛ لإنبائه عنِ الشَّركة في الرُّبوبيَّة.

[٣] قولُه: (للمضارِبِ والوكيلِ)؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ حقوقَ العقدِ ترجعُ إليهما، حتَّى لو حلفَ المشتري: ما لصاحب المالِ والموكِّلِ عليه شيءٌ: كان بارًّا في يمينه، ولو حلف: ما للمضارب والوكيلِ عليه شيءٌ: كان حانثًا.

[٤] قولُه: (لنفسِهما) ولا يُتوهَّمُ التَّصحيحُ باختلاف الجهة، فإنَّه أمرٌ اعتباريٌّ لا يظهرُ عند الخصومة.

[٥] وقولُه: (بطَلَتْ) جوابُ «لو ضَمِن».

---

(١) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٦٠).

صَحَّ) أي: باعا عبدًا صفقةً واحدةً، وضمِنَ أحدُهما لصاحبه حصَّتَه مِنَ الثَّمن: لا يصحُّ؛ لأنَّه لو صحَّ الضَّمانُ مع الشَّركة: يصيرُ ضامنًا لنفسه، ولو صحَّ في نصيب صاحبِه يؤدِّي إلى قسمة الدَّينِ قبلَ قبضه، وذا لا يجوز، بخلاف ما لو باعاه بصفقتَين[١]، فإنَّه يصحُّ الضَّمان؛ لأنَّه لا شركةَ فيه(١)[٢].

(كضَمانِ الخَراجِ والنَّوائبِ(٢) والقِسمَةِ) أي: صحَّ ضمانُ هذه الأشياء.

أمَّا الخراجُ: فقد مرَّ[٣].

وأمَّا النَّوائب: فهي:

- إمَّا بحقٍّ؛ ككَريِ النَّهر[٤]، وأجرِ الحارس، وما يوظَّفُ لتجهيز الجيش،

---

[١] **قولُه**: (بخلاف ما لو باعاه بصفقتَين) بأن سمَّى كلَّ واحدٍ منهما ثمنًا لنفسه.

[٢] **وقولُه**: (لأنَّه لا شركة) أي: لا شركةَ ثمَّة؛ لأنَّها تكونُ باتِّحاد الصَّفقة، والفرضُ خلافُه، ألا ترى أنَّ للمشتري أن يقبضَ نصيبَ أحدِهما ويردَّ الآخر، ولوِ اتَّحدَتْ: لم يكنْ له ذلك؟

[٣] **قولُه**: (وأمَّا الخراج: فقد مرَّ) يعني: قولَ المصنِّفِ عَقيبَ إتمامِ بحثِ الكفالةِ بالنَّفس: «وصحَّ الرَّهنُ والكفالةُ بالخراج»، قيل: المرادُ به: الموظَّف، وهو الواجبُ في الذِّمَّة، بأن يوظِّفَ الإمامُ في كلِّ سنةٍ على مالٍ على ما يراه دونَ المقاسَمة، وهي التي يقسِمُ الإمامُ ما يخرجُ منَ الأرض؛ لأنَّه ليسَ في معنى الدَّين؛ لعدم وجوبِه في الذِّمَّة.

[٤] **قولُه**: (ككَريِ النَّهر) كَريُ النَّهرِ: حفرُه، وهو بالفارسيِّ: كندن، والحارسُ -

---

(١) «فيه»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(٢) النَّوائب: جمع نائبةٍ: وهي النَّازلة. «المصباح المنير»: (ن و ب).

وغيرِ ذلك[١].

- وإمَّا بغيرِ حقٍّ: كالجِبايات[٢] في زماننا.

والكفالةُ بالأولى صحيحةٌ اتِّفاقًا، وفي الثَّانية خلافٌ[٣]، والفتوى على الصِّحَّة،

ذخيرة العقبى

بغير المعجَمات -: حافظُ المحلَّة، وبالفارسيِّ: باسبان.

[١] قولُه: (وغيرِ ذلك)؛ كفداءِ الأُسارى مثلًا، أمَّا بيانُ كونِه بحقٍّ: فلأنَّ الإمام قد يحتاجُ إلى تجهيز الجيشِ لقتال المشركينَ، وإلى فداء أُسارى المسلمين، ولم يكن في بيت المالِ مالٌ، فوظَّفَ المالَ على النَّاس لذلك، والضَّمانُ فيه جائزٌ بالاتِّفاق؛ لوجوب أدائه على كلِّ مسلمٍ أوجبَه الإمامُ عليه؛ لوجوب طاعتِه فيما يجبُ النَّظرُ على المسلمين.

[٢] قولُه: (كالجِبايات) - بالجيم المكسورة، والباءِ الموحَّدة - وهي التي يأخذُها الظَّلَمةُ في زماننا ظلمًا، ومنه: جبى الإمامُ الخَراج، جمعُه جِبايةٌ، كذا في «المُغرب»(١).

[٣] قولُه: (وفي الثَّانيةِ خلافٌ(٢)) بعضُهم قالوا: لا تصحُّ الكفالةُ بها؛ لأنَّها شُرِعَتْ لالتزام المطالبةِ بما هو على الأصيل شرعًا، ولا شيءَ عليه ههنا شرعًا، وبعضُهم قالوا: تصحُّ؛ لأنَّها ديونٌ في حكم توجُّهِ المطالبةِ بها، والعبرةُ في الكفالة للمطالبة؛ لأنَّها شُرِعَت لالتزامها(٣).

---

(١) «المغرب»: (ج ب ي).

(٢) يعني: في الجبايات (مِنهُ).

(٣) ولهذا قلنا: إنَّ من قام بتوزيع هذه النَّوائب على المسلمين بالقسط والعدالة: كان مأجورًا وإن كان من جهة الذي يأخذ باطلًا، ولهذا أيضًا قلنا: إنَّ من قضى نائبةَ غيره بإذنه:=

فإنَّها صارت كالدُّيون الصَّحيحة، حتَّى لو أُخِذَت مِنَ الأكَّارِ[١]: فله الرُّجوعُ على مالك الأرض.

وأمَّا القسمةُ[٢]: فقد قيل: هي النَّوائبُ بعينها[٣]، أو الحصَّةُ منها[٤].

---

[١] قولُه: (من الأكَّارِ) وهو وزنًا ومعنًى: الزَّرَّاع.

[٢] قولُه: (وأمَّا القسمةُ) اعتُرِضَ عليه: بأنَّها مصدرٌ، والمصدرُ فعلٌ، وهذا الفعلُ غيرُ مضمونٍ.

وأُجيب: بأنَّها قد تجيءُ بمعنى النَّصيب؛ كقولِه تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، والمراد: النَّصيب، فيجري فيها الضَّمان، فتجوزُ الكفالةُ بها، وإليه أشارَ الشَّارحُ بقوله: «وأيًّا ما كان: فالكفالةُ بها صحيحةٌ»، ثمَّ قال بعضُهم في تصوير معناها: إنَّ أحدَ الشَّريكَينِ إذا طلبَ القسمةَ من صاحبه، وامتنعَ الآخرُ عن ذلك، فضمنَ إنسانٌ ليقومَ مقامَه في القسمة: جاز ذلك؛ لأنَّ القسمةَ واجبٌ عليه.

[٣] قولُه: (فقد قيل: هي النَّوائبُ بعينِها)، فعلى هذا فذكرُه بالواو للبيانِ من قَبيل العطفِ للتَّفسير.

[٤] قولُه: (أو الحصَّةُ منها) أي: منَ النَّوائب؛ يعني: إذا قسمَ الإمامُ ما ينوبُ العامَّةَ نحوَ مؤنةِ كري النَّهرِ المشترَك، فأصابَ واحدًا شيءٌ من ذلك، فيجبُ أداؤه إليه، فكفلَ به رجلٌ: صحَّتِ الكفالةُ بالإجماع، فيكونُ من قَبيل عطفِ الخاصِّ على العامِّ؛ كعطفِ جبرائيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ على الملائكة.

= يرجع به عليه من غير شرط الرُّجوع استحسانًا بمنزلة ثمن البيع، قال الحُلوانيُّ: ((هذا إذا أمره به لا عن إكراهٍ، أمَّا إذا كان مكرَهًا في الأمر، فلا يُعتبَر أمرُه بالرُّجوع))، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٢٢) (مِنهُ).

وقيل: هي النَّائبةُ الموظَّفةُ الرَّاتبة[١]، والنَّوائبُ هي غيرُ الموظَّفة[٢]، وأيًّا ما كان: فالكفالةُ بها صحيحةٌ.

(وإن قالَ: «ضَمِنتُهُ إلى شَهرٍ»: صُدِّقَ هو(١) معَ حَلِفِه وإنِ ادَّعى الطَّالِبُ أنَّهُ حالٌّ) أي: قال الكفيل: «كفَلتُ بهذا المالِ لكنَّ المطالبةَ بعد شهرٍ»، وقال الطَّالب: «لا، بل على صفة الحُلولِ»: فالقولُ قولُ الكفيلِ معَ الحلِف، وهذا بخلاف ما إذا أقرَّ بدينٍ مؤجَّلٍ، وقال المقَرُّ له: «لا، بل هو حالٌّ»: فالقولُ للمقَرِّ له.

والفرقُ أنَّه أقرَّ بالدَّين، ثمَّ ادَّعى حقًّا له، وهو تأخيرُ المطالَبة، والمقَرُّ له منكِرٌ: فالقولُ له، بخلاف الكفالة، فإنَّه لا دَينَ فيها[٣]، فالطَّالبُ يدَّعي أنَّه مُطالَبٌ في الحال، والكفيلُ يُنكرُه[٤].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وقيل: هي النَّائبةُ الموظَّفةُ الرَّاتبة) هي المقاطَعاتُ الدِّيوانيَّةُ في كلِّ شهرٍ، أو ثلاثةِ أشهرٍ.

[٢] **قولُه**: (والنَّوائبُ هي غيرُ الموظَّفة) يعني: أنَّ المرادَ منَ النَّوائب السَّابقِ ذكرُها حينئذٍ: ما ينوبُه غيرَ راتبٍ؛ بل يلحقُه أحيانًا، يحتملُ أن يقع، وأن لا يقع، كذا في «الكفاية»(٢).

[٣] **قولُه**: (لا دَينَ فيها) يعني: بناءً على ما سبق منَ الأصحِّ.

[٤] **قولُه**: (والكفيلُ يُنكرُه) يعني: أنَّه أقرَّ بحقِّ المطالبةِ بعد شهرٍ، والمكفولُ له يدَّعي حقَّ المطالبةِ في الحال، فهو يُنكرُها، فالقولُ للمنكِر.

---

(١) أي: الضَّامن. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٣).

(٢) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٣٣).

(ولا يُؤخَذُ ضامِنُ الدَّرَكِ(١) إنِ استُحِقَّ المَبيعُ ما لم يُقضَ بثَمَنِهِ على بائعِهِ) إذ بمجرَّد الاستحقاقِ لا ينتقضُ البيعُ[١] في ظاهر الرِّوايةِ[٢] ما لم يُقضَ بالثَّمن على البائع، فلم يجب على الأصيل ردُّ الثَّمن، فلا يجبُ على الكفيل.

[١] قولُه: (ولا ينتقضُ البيعُ)، ولهذا لو أجازَ المستحِقُّ البيعَ بعد قضاء القاضي له: صحَّ (٢).

[٢] قولُه: (في ظاهرِ الرِّوايةِ) إنَّما قال هذا؛ احترازًا عمَّا قاله أبو يوسفَ في «الأمالي» من أنَّ للمشتري أن يأخذَ الكفيلَ قبل أن يُقضى على البائع؛ لأنَّ الضَّمانَ قد توجَّهَ على البائع، ووجبَ للمشتري مطالبتُه، فلذلك يجبُ على الكفيل.

(١) أي: لا يطلب المشتري من الكفيل الثَّمن. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٥).
(٢) حتَّى لو كان الثَّمن عبدًا، فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحقِّ: نفذ إعتاقه، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٢٥) (منه).

[فصلٌ في كفالة الرَّجلين]

(دَينٌ على اثنَينِ كَفَلَ كُلٌّ(١) منهما عنِ الآخَرِ: لم يَرجِع على شَريكِهِ إلَّا بما أدَّى زائدًا على النِّصفِ) اشترَيا عبدًا بألفٍ، وكفَلَ كلٌّ منهما عن صاحبه بأمره للبائع: فكلُّ ما أدَّاه أحدُهما لا يرجعُ به على صاحبه إلَّا أن يكونَ زائدًا على النِّصف؛ لأنَّ وقوعَ المؤدَّى عمَّا عليه أصالةً: أولى من وقوعه عمَّا عليه كفالةً.

(ولو كَفَلا بشَيءٍ عن رَجُلٍ، وكُلٌّ كَفَلَ(٢) به عن صاحِبِهِ: رَجَعَ عليه بِنِصفِ ما أدَّى وإن قَلَّ) على رجلٍ ألفٌ، فكفَلَ كلُّ واحدٍ من شخصَينِ آخرَينِ عنِ الأصيل(٣) بهذا الألف، ثمَّ كفَلَ كلُّ واحدٍ مِنَ الكفيلَينِ عن صاحبه بأمره بهذا الألف: فكلُّ ما أدَّاه أحدُهما وإن قلَّ: رجَعَ على الآخَر بنصفه، بخلاف الصُّورةِ الأولى، فإنَّ الأصالةَ(٤) تُرجَّحُ على الكفالة، أمَّا ههنا: فالكلُّ كفالةٌ، فلا رُجحان.

وقالَ في «الهدايةِ»(٥): الصَّحيحُ أنَّ صورةَ المسألةِ على هذا الوجهِ احترازٌ[١]

---

[١] قولُه: (احترازًا) تعليلٌ لـ«قلَّ»، قيل: وفيه أنَّ قولَ صاحبِ «الهداية»(٦) ليس للاحتراز عمَّا قاله الشَّارح؛ بل لأنَّه فرعٌ على مسألة جوازِ رجوعِ الكفيلِ على

---

(١) في (ش٢) زيادة: «واحد»، و«منهما»: سقط من (م١) و(م٢).

(٢) «كفل»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤) و(م١) و(م٢).

(٣) في (ش٤) زيادة: «بأمره».

(٤) في (ش٣) زيادة: «ثمة».

(٥) «الهداية»: (٣/ ٩٦) بتصرُّفٍ.

(٦) «الهداية»: (٣/ ٩٦)، حيث قال: ((ومعنى المسألة في الصَّحيح: أن تكون الكفالة بالكلِّ عن الأصيل، وبالكلِّ عن الشَّريك، والمطالبة متعدِّدةٌ... إلخ)).

عمَّا إذا كفَلا بالألف، حتَّى كانَ الألفُ منقسِمًا عليهما، ثمَّ كفَلَ كلٌّ منهما عن صاحبه بأمره، ففي هذه الصُّورةِ: لا يرجِعُ على شريكه إلَّا بما زاد على النِّصف.

أقول: في هذه الصُّورة: كلُّ ما أدَّاه ينبغي أن يرجِعَ بنصفه على شريكه؛ لأنَّه لمَّا لم يكن لإحدى الكفالتَين رُجحانٌ[1] على الأخرى: فكلُّ ما أدَّاه يكونُ منهما، فيجبُ أن يرجِعَ بنصفِ ما أدَّى بلا فرقٍ بين هذه الصُّورةِ والصُّورةِ التي خصَّها بالصِّحَّة.

الأصيل، وجوازِ رجوعِ مَن أدَّى بالجميع على المكفول عنه، ولا شكَّ أنَّ جوازَ الرُّجوعِ بالجميع على المكفول عنه لا يتفرَّعُ على تقرير المسألةِ على الوجه الثَّاني، وقد صرَّحَ في «العناية» و«النِّهاية»(١) بأنَّ مقصودَه تصحيحُ التَّفريع، فليُتأمَّلْ(٢).

[١] قولُه: (لأنَّه لمَّا لم يكنْ لإحدى الكفالتَينِ رُجحانٌ) فيه بحثٌ؛ لأنَّه يجوزُ أن يُرجَّحَ ما وجبَ عليه بحكم الضَّمانِ بغير واسطةٍ على ما وجبَ عليه بواسطة الكفالةِ عنِ الكفيل، كما رجَّحَ الأصالةَ في المسألة الأولى على الكفالة، كما يُفصحُ عنه قولُ صاحبِ «الكفاية»(٣): ((فإنَّه لا يرجعُ على الآخر حتَّى يزيدَ المؤدَّى على النِّصف؛ لأنَّ جهةَ الضَّمانِ قدِ [اختلفت](٤)؛ لأنَّ نصفَ المالِ كان واجبًا عليه بحكم ضمانِه بغير واسطةٍ، والنِّصفُ الآخرُ كان واجبًا عليه بحكم الكفالةِ الثَّانية، فنُزِّلَ هذا منزلةَ

---

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٢٩)، و«النِّهاية شرح الهداية»: (٧/ ٣١٧).

(٢) من نظر إلى «الكفاية»: (٦/ ٣٣٨): جزم بأنَّ مراد صاحب «الهداية»: الاحترازُ عمَّا ذكره الشَّارح، فليُنظر فيها.
وأمَّا قول الشارح: «قال في الهداية»: يوهم أنَّ ما نقله عين عبارتها، وليس كذلك؛ بل هو نقلٌ بالمعنى (مِنهُ).

(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٣٩).

(٤) في جميع النُّسخ: «اختلف»، والمثبت من «الكفاية».

(وإن أبرَأَ الطَّالِبُ أَحَدَهُما[(١)]: أَخَذَ الآخَرَ بكُلِّهِ[(٢)])؛ لأنَّ وضعَ المسألةِ فيما إذا كفَلَ كلٌّ منهما بالألف على الأصيل، ثمَّ كلٌّ منهما بالألف عن صاحبه، فإذا أبرأَ أحدَهما: بقيَ الكفالةُ على[(٣)] الآخرِ بكلِّ الألف، وفي الصُّورة التي احترَزنا بالصِّحَّة عنها[(٤)]: إذا أبرَأَ أحدَهما: تبقى الكفالةُ الأخرى بخمسمئةٍ.

(ولو فُسِخَتِ المُفاوَضَةُ: أَخَذَ رَبُّ الدَّينِ أيًّا شاءَ مِن شَريكَيها بكُلِّ دَينِهِ)؛ لِما عُرِفَ أنَّ شرِكةَ المفاوَضةِ تتضمَّنُ الكفالةَ (ولم يَرجِع أحَدُهُما على صاحِبِهِ إلَّا بما أدَّى زائدًا على النِّصفِ)؛ لما عرَفتَ أنَّ جهةَ الأصالةِ راجحةٌ على جهة الكفالة.

أقول: في هذه المسألةِ إشكالٌ[١]، وهو أنَّ أحدَ المتفاوضَينِ إذا اشترى شيئًا،

المسألةِ الأولى)) انتهى كلامُه، فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه:** (أقول: في هذه المسألةِ إشكالٌ) قيل: ههنا أبحاثٌ:

الأوَّل: أنَّه يجوزُ أن يشتريا معًا صفقةً واحدة، وحينئذٍ لا إشكالَ كما لا يخفى، فلتُحمَلْ مسألةُ المتنِ على هذه الصَّورة.

الثَّاني: أنَّه يلزمُ قسمةُ الدَّينِ قبل القبض في الصَّورة الثَّانية؛ لأنَّ غيرَ العاقدِ قد كفَلَ جميعَ الدَّينِ الذي على العاقد، فعندما أدَّى: يكونُ المؤدَّى على العاقد، وهو مشترَكٌ بينَ الشَّريكَينِ على مقتضى تقريرِه كما لا يخفى.

---

(١) أي: أحد الكفيلين. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٥).

(٢) أي: أخذ الطَّالب الكفيل الآخر بكلِّ الدَّين. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٥).

(٣) قوله: «الكفالة على»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤).

(٤) في (ش٢) زيادة: «عن صاحبه».

ثمَّ فسَخا(١) المفاوضة: فالبائعُ إن طلبَ الثَّمنَ من مشتريه: فلا تعلُّقَ لهذه المسألةِ بمسألة الكفالة، بلِ المشتري في النِّصف أصيلٌ، وفي النِّصف وكيلٌ[١]، فكلُّ ما أدَّى ينبغي أن يرجِعَ بنصفه على الشَّريك؛ لأنَّه اشترى العبدَ صفقةً واحدةً، فصار الثَّمنُ دَينًا عليه، ولا يُمكنُ قسمتُه عليه، فكلُّ ما يُؤدِّيه منه ومن شريكه، فيرجعُ عليه بالنِّصف.

وإن طالبَ البائعُ الثَّمنَ مِنَ الشَّريك: يكونُ ذلك بسببِ أنَّ المفاوضةَ تضمَّنتِ الكفالة، فيكونُ كفيلًا في الكلِّ، إلَّا أنَّ كفالتَه في النِّصف الذي هو ملكُ العاقدِ تمحَّضَت كفالةً، وفي النِّصف الذي هو ملكُه، فبالنَّظر إلى أنَّ حقوقَ العقدِ راجعةٌ إلى الوكيل: يكونُ الشَّريكُ كفيلًا للثَّمن، فمطالبةُ الثَّمنِ يتوجَّهُ إليه بحكم الكفالة، وبالنَّظر إلى أنَّ الملكَ في هذا النِّصفِ وقعَ له: فيكونُ في أداء نصفِ الثَّمنِ أصيلًا، فما أدَّاه يكونُ راجعًا إلى هذا النِّصف، فلا يرجعُ إلى العاقد، وفيما زاد على النِّصف: يرجع.

الثَّالث: أنَّ الدَّينَ الذي على العاقد إمَّا أن يكونَ مشترَكًا، أو له خاصَّةً، فعلى الثَّاني لا يصحُّ قولُه: «فكلُّ ما يؤدِّيه منه ومن شريكه»، وعلى الأوَّل: لا يصحُّ اعتبارُ الكفالة؛ لأنَّها إمَّا أن تصحَّ معَ الشَّركة، فيلزمُ أن يكونَ كفيلًا بنفسه، وإمَّا معَ القسمة، فيلزمُ قسمةُ الدَّينِ قبل القبض، فليُتأمَّلْ(٢).

[١] **قولُه**: (وفي النِّصفِ الآخرِ وكيلٌ) أي: كلُّ واحدٍ منهما وكيلُ صاحبِه فيما كان من أعمال التِّجارة.

---

(١) في (ش٣) و(ش٤): «فسخ».

(٢) وجدتُه بلفظه في «حاشية يعقوب باشا على صدر الشَّريعة»: (ق١٧٢). مخطوط في مكتبة (مراد ملا) برقم: (٧٨١).

[فصلٌ

في كفالة العبدِ وعنه]

(عَبدانِ كوتِبا بعَقدٍ واحِدٍ(١)، وكَفَلَ كُلٌّ عن صاحِبِهِ: رَجَعَ كُلٌّ على الآخَرِ بنِصفِ ما أدَّى) عبدانِ قال لهما المولى: «كاتبتُكما بالألف إلى سنةٍ»، وقبِلا، وكفَلَ كلٌّ عن صاحبه: فكلُّ ما أدَّاه أحدُهما: رجعَ على الآخَر بنصف ما أدَّى.

وإنَّما قيدُ «بعقدٍ واحدٍ» حتَّى لو كاتبَهما بعقدَين: فالكفالةُ لا تصحُّ أصلًا، أمَّا إذا كاتبَ بعقدٍ واحدٍ: لا تصحُّ قياسًا؛ لأنَّه كفالةٌ ببدل الكتابة[١]، وتصحُّ استحسانًا بأن يُجعَلَ كلٌّ منهما[٢] أصيلًا في حقِّ وجوبِ الألفِ عليه، ويكونَ عتقُهما معلَّقًا

---

[١] قولُه: (لأنَّه كفالةٌ ببدلِ الكتابة) وشُرِطَ فيه كفالةُ المكاتَبِ عنِ الآخر أيضًا، وكلٌّ منهما على انفراده باطلٌ، فعند الاجتماعِ أَولى، أمَّا بطلانُ الأوَّل: فلِما مرَّ من أنَّ الكفالةَ تقتضي دَينًا صحيحًا، وبدلُ الكتابةِ ليس كذلك، وأمَّا بطلانُ الثَّاني: فلأنَّ الكفالةَ تبرُّعٌ محضٌ، والمكاتَبُ لا أهليَّةَ له بذلك.

[٢] قولُه: (بأن يُجعَلَ كلٌّ منهما) يعني: أنَّ وجهَ الاستحسانِ أنَّ تصرُّفَ الإنسانِ واجبُ التَّصحيحِ بقدْرِ الإمكان، وقد أمكنَ تصحيحُ هذه الكفالةِ بأن يُجعَلَ المالُ كلُّه على كلِّ واحدٍ منهما في حقِّ المولى وفي حقِّ نفسِه، والآخرُ تابعٌ له في حقِّ تعلُّقِ عتقِه بأدائه؛ كالمكاتبةِ يكونُ عليها المال، والولدُ يتبعُها، فصارَت كفالتُه

---

(١) «واحدٍ»: سقط من (م١) و(م٢).

بأدائه[١]، ويُجعَلَ كفيلًا بالألف في حقِّ صاحبِه، فما أدَّاه أحدُهما: رجعَ بنصفه على الآخَر لاستوائهما.

(فإن أعتقَ السَّيِّدُ أحَدَهُما(١) قبلَ الأداءِ: صَحَّ، ولهُ أن يَأخُذَ حِصَّةَ مَن لم يُعتِقْه منهُ أصالَةً، ومنَ الآخَرِ ضَمانًا(٢)، ورَجَعَ المُعتِقُ على صاحِبِهِ بما أدَّى عنهُ، لا صاحِبُهُ عليهِ بما أدَّى عن نَفسِهِ)؛ لأنَّ المالَ في الحقيقةِ مقابَلٌ برقَبتهما[٢]، وإنَّما جُعِلَ على كلٍّ منهما؛ تصحيحًا للكفالة.

(ومالٌ لا يَجِبُ على عَبدٍ حتَّى يَعتِقَ: حالٌّ على مَن كَفَلَ به مُطلَقَةً) أقرَّ عبدٌ محجورٌ بمالٍ، فالمالُ لا يجبُ عليه إلَّا بعدَ العِتق، وإن كفَلَ به حرٌّ كفالةً مطلقةً؛ أي: لم يتعرَّض للحُلول والتَّأجيل: يجبُ عليه حالًّا؛ لأنَّ المانعَ مِنَ الحلول في ذمَّة العبدِ أنَّه مُعسرٌ؛ لأنَّ جميعَ ما في يده لمولاه، ولا مانعَ في الكفيل.

بما عليه أصلُه، وكفالةُ المكاتَبِ بما عليه أصلُه جائزٌ، هذا زبدةُ ما في «التَّبيين» و«الكافي»(٣).

[١] قولُه: (بأدائِه) أي: بأداء كلِّ واحدٍ منهما.

[٢] قولُه: (مقابلٌ لرقَبتِهما) حتَّى يكونُ موزَّعًا منقسمًا عليهما، وإنَّما جُعِلَ على كلٍّ منهما؛ احتيالًا لتصحيح الضَّمان، فكان ضروريًّا لا يتعدَّى غيرَ موضعِها، وإذا

---

(١) أي: أحد العبدين المكاتبين فيما إذا كاتبهما وشرط كفالة كلٍّ منهما عن صاحبه. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٣٩٢).

(٢) أي: للسَّيِّد أن يأخذ حصَّة من لم يعتق أيًّا شاء المعتق؛ لأنَّه كفيلٌ عن صاحبه، والآخر لأنَّه أصيلٌ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٧).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٦٩)، وفيه: «أصالة» بدل «أصله»، و«الكافي»: (٧/ ٥٤)، وفيه: «الكتابة» بدل «الكفالة».

(ولو أدَّى: رَجَعَ عليهِ بعدَ عِتقِهِ) أي: إن أدَّى الكفيل، وكانتِ الكفالةُ بأمر العبد: رجعَ عليه بعدَ عتقه.

(ولو ماتَ عَبدٌ مَكفولٌ برَقَبَتِهِ، وأُقيمَ بيِّنَةٌ أنَّهُ لمُدَّعيهِ: ضَمِنَ كَفيلُهُ قيمَتَهُ) رجلٌ ادَّعى رقبةَ عبدٍ، فكفَلَ آخرُ برقبته، فماتَ العبد، فأقامَ المدَّعي بيِّنةً أنَّه له: ضمِنَ الكفيلُ(١) قيمتَه؛ لأنَّ الواجبَ على المولى(٢) ردُّه على وجهٍ تخلُفُه قيمتُه[١]، فالكفيلُ إذا كفَلَ: فالواجبُ عليه ذلك، بخلاف ما إذا ادَّعى مالًا على العبد، فكفَلَ آخَرُ برقَبة العبد، فماتَ العبد، فلا شيءَ على الكفيل[٢].

(فإن كَفَلَ سَيِّدٌ عن عَبدِهِ، أو هو(٣) غيرَ مَديونٍ عن سَيِّدِهِ، فعَتَقَ فأدَّى: لا يَرجِعُ على صاحِبِهِ)؛ لأنَّ الكفالةَ قد وقعَت .....

ذخيرة العقبى

أُعتِقَ: استغنى عنه، وانتفى الضَّرورة، فاعتُبِرَ مقابَلًا برقَبتهما، فلهذا يتنصَّف(٤).

[١] قولُه: (على وجهٍ تخلُفُه قيمتُه) يعني: أنَّه ظهرَ بالبيِّنة كونُ المولى غاصبًا، فيجبُ عليه ردُّ العبدِ على وجهٍ لو عجزَ عنه: يجبُ عليه ردُّ القيمة، والكفيلُ قدِ التزمَ ذلك.

[٢] قولُه: (فلا شيءَ على الكفيل) الفرقُ بينَ المسألتَينِ على ما في «الكافي»(٥): أنَّ في الثَّانية: كفلَ بتسليم نفسِ العبدِ عنِ العبد، فإذا مات العبدُ: سقط عنه تسليمُ نفسِه إلى مجلس القاضي، وبرئَ عنه، فبرئَ الكفيل، وفي الأوَّل إنَّما كفلَ بتسليم

(١) في (ش٤) زيادة: «العبد».
(٢) قوله: «المولى» في (ش٣): «رب العبد».
(٣) أي: كفل عبدٌ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٦٨).
(٤) في (ح٣) و(ح٥): «يُنصَّف».
(٥) «الكافي»: (٧/ ٥٨).

غيرَ موجِبةٍ للرُّجوع؛ لأنَّ أحدَهما لا يستوجِبُ دَينًا على الآخَر.

وعند زفر: إن كانتِ الكفالةُ بالأمر: يثبتُ الرُّجوع؛ لأنَّ المانعَ قد زال، وهو الرِّقُّ.

وإنَّما قال: «غيرَ مديونٍ» لتصحَّ كفالتُه، فإنَّ المولى إن أمرَ العبدَ المديونَ بالكفالة عنه: لا تصحُّ الكفالة.

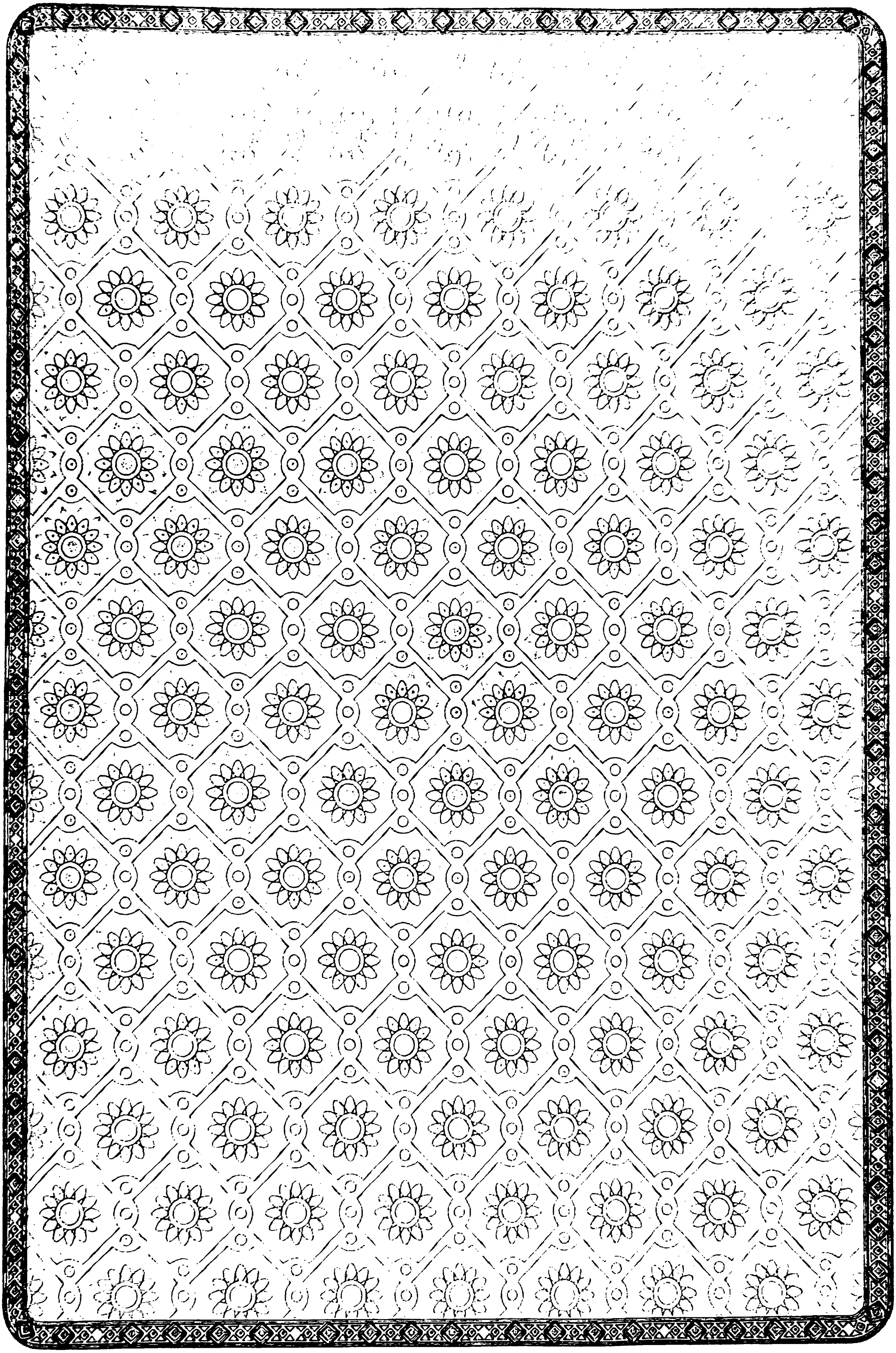
ذخيرة العقبى

رقَبةِ العبدِ عن ذي اليد؛ لأنَّ المدَّعيَ زعمَ أنَّ ذا اليدِ غاصبٌ ضامنٌ، والكفيلَ التزمَ ما على ذي اليدِ من ردِّ العبد[1].

---

(١) قال الشَّارح: «غير موجبةٍ للرُّجوع»: ((وكلُّ كفالةٍ تنعقد غيرَ موجبةٍ للرَّدِّ: لا تنقلب موجبةً أبدًا؛ كمن كفَلَ عن غيره بغير أمره، فبلغه فأجاز: فإنَّ الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل بشيءٍ لذلك.
ونوقض: بأنَّ الرَّاهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسِرٌ، وسعى العبد في الدَّين: فإنَّه يرجع به على المولى مع أنَّ العبد هناك لا يستوجب دينًا على مولاه.
وأجيب: بأنَّه مغالطةٌ، فإنَّ كلامنا في أنَّ العبد لا يستوجب على مولاه دينًا، وفيما ذكرت الحرُّ يستوجب دينًا؛ لأنَّ استيجاب الدَّين عليه إنَّما هو بعد العتق؛ لكونه غيرَ مطالَبٍ به قبل العتق، فلا يكون ممَّا نحن فيه))، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٣٦) (مِنهُ).

كتاب الحوالة



كتاب الحوالة

(هي تَصِحُّ بالدَّينِ بِرِضا المُحيلِ(١)[١]، والمُحتالِ(٢)، والمُحتالِ عليه(٣)).

الحوالة: نقلُ الدَّينِ من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ[٢].

قولُه: «بالدَّين» أي: دَينِ المُحتَالِ على المُحِيل.

هذا الذي ذكرَه روايةُ «القُدوريِّ»(٤)[٣]، وفي رواية «الزِّيادات»: تصحُّ[٤] بلا

ذخيرة العقبى

كتاب الحوالة

[١] **قولُه**: (بِرضا المُحيلِ... إلخ) فإذا قلتَ مثلًا: «أحلتُ زيدًا بما له عليَّ على رجل»، فاحتالَ زيدٌ به على الرَّجل، فأنتَ مُحيلٌ، وزيدٌ مُحالٌ ومُحتالٌ، والمالُ مُحتالٌ به، والرَّجلُ مُحالٌ عليه ومُحتالٌ عليه.

[٢] **قولُه**: (نقلُ الدَّينِ من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ) هذا معنًى شرعيٌّ لها، وأمَّا معناها اللُّغويُّ: فالتَّحويلُ والنَّقلُ مطلقًا.

[٣] **قولُه**: (هذا الذي ذكرَ روايةَ القُدوريِّ) بناءً على أنَّ ذوي المروَّاتِ قد يستنكفونَ بتحمُّل غيرِهم ما عليهم منَ الدَّين، فلا بدَّ من رضاهم.

[٤] **قولُه**: (وفي روايةِ «الزِّيادات»: تصحُّ) بناءً على أنَّ التزامَ الدَّينِ منَ المُحال

(١) المُحيل: وهو الذي عليه الدَّين.

(٢) المُحتال: وهو الدَّائن.

(٣) المُحتال عليه: وهو الذي قَبِلَ الحوالة.

(٤) «مختصر القدوري»: (٢/ ١٤٩) بهامش «اللُّباب».

رضى المُحيل.

وصورتُه: أن يقولَ رجلٌ للطَّالب: «إنَّ لك على فلانٍ كذا، فاحتَله عليَّ»، فرضيَ بذلك الطَّالب: صحَّتِ الحوالة، وبرئَ الأصيل.

وصورةٌ أخرى: كفَلَ رجلٌ عن آخرَ بغير أمرِه بشرط براءةِ الأصيل، وقبِلَ المكفولُ له ذلك: صحَّتِ الكفالة، وتكونُ هذه الكفالةُ حوالةً، كما أنَّ الحوالةَ بشرط ألَّا يبرأَ الأصيلُ كفالةٌ.

(وإذا تَمَّت: بَرِئَ المُحيلُ مِنَ الدَّينِ[١] بالقَبولِ(١)،

عليه تصرُّفٌ في حقِّ نفسه، والمُحيلُ لا يتضرَّرُ به؛ بل فيه نفعٌ له؛ لأنَّ المُحالَ عليه لا يرجعُ عليه إذا لم يكنْ بأمره، قيل: وعلى هذا تكونُ فائدةُ اشتراطِ الرُّجوعِ عليه إذا كانت بأمره.

[١]قولُه: (بَرِئَ المُحيلُ مِنَ الدَّين) يعني: إذا تمَّتِ الحوالةُ بركنها وشرطِها: كان حكمُها براءةَ المُحيلِ منَ الدَّين.

وقولُه: «بالقَبول» متعلِّقٌ بقوله: «إذا تمَّتِ الحوالة»، والمرادُ به: رضاءُ مَن رضاه شرطٌ فيها على ما تقدَّم.

وقولُه: «مِنَ الدَّين» اختيارٌ منه لما هو الصَّحيحُ ممَّا اختلفَ فيه مشايخُنا، فإنَّ منهم مَن ذهبَ إلى أنَّها توجبُ براءةَ ذمَّةِ المُحيلِ عنِ المطالبة والدَّينِ جميعًا، وهو رأيُ الثَّاني، ومنهم مَن ذهبَ إلى أنَّها توجبُ براءتَها عنِ المطالبة فقط، وهو رأيُ الرَّبَّانيِّ.

(١) أي: قبول المحتال عليه. «شرح ابن ملك»: (٣/ ١٦٩).

ولم يَرجِعْ عليه [١] المُحتالُ) أي: لم يرجِعِ المُحتالُ بدَينه على المُحيل (إلَّا إذا تَوى(١) حَقُّهُ بمَوتِ المُحتالِ عليه مُفلِسًا، أو حَلِفِهِ مُنكِرًا حَوالَةً لا بيِّنَةَ عليها[٢]).

(وقالا(٢): وبأنْ فَلَّسَهُ القاضي) فإنَّ تفليسَ القاضي معتبرٌ عندهما وعند الشَّافعيِّ(٣).

وعند أبي حنيفة: لا؛ إذ لا وقوفَ لأحدٍ على ذلك، فالشَّهادةُ(٤) على ألَّا مالَ له: شهادةٌ على النَّفي.

(وتَصِحُّ):

---

[١] قولُه: (ولم يَرجِعْ عليه) أقول: وإنَّما صرَّحَ بقوله: «ولم يَرجِعْ عليه» معَ ظهورِه من قوله: «بَرِئَ المُحيلُ منَ الدَّين»؛ ليتعلَّقَ به قولُه: «إلَّا إذا تَوى» وإن جازَ تعلُّقُه بقوله: «بَرِئَ المُحيل»، إلَّا أن يُقال: فيه فائدةُ التَّأكيدِ أيضًا، فليُتأمَّلْ، وقال الشَّافعيُّ(٥): لا يرجعُ المُحتالُ بدَينه عند التَّوى أيضًا(٦).

[٢] قولُه: (لا بيِّنَةَ عليها) أي: لا للمُحتال ولا للمُحيل(٧).

---

(١) توى المال: ذهب وهلك. «الصِّحاح»: (توى).

(٢) توى المال: ذهب وهلك. «الصِّحاح»: (توى).

(٣) ينظر: «مغني المحتاج»: (٣/ ١٩٣).

(٤) قوله «فالشهادة»، في (ش١) «الشهادة»، وفي (ش٣): «إلا بالشهادة».

(٥) يُنظَر: «روضة الطَّالبين»: (٤/ ٢٢٩).

(٦) قال المصنِّف: «بمَوتِ المُحتالِ عليه مُفلِسًا» يُقال: أفلس الرَّجل؛ إذا صار ذا فَلسٍ بعد أن كان ذا درهمٍ ودينارٍ، فاستُعمِلَ مكان «افتقر»، وفلَّسه القاضي؛ أي: قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٤٦) (مِنهُ). نقلًا عن «الطَّلبة».

(٧) في: «للمحتال ولا للمحيل»، في (ح٢): «للمحال وللمحيل».

١- (بدَراهِمِ الوَديعَةِ[١]، ويَبرَأُ بهَلاكِها) أي: يبرأُ المودَع - وهو المُحتالُ عليه - عنِ(١) الحوالة بهلاك الوديعةِ في يده.

٢- (وبالمَغصوبَةِ(٢)، ولم يَبرَأ بهَلاكِها) أي: لم يبرَأِ الغاصبُ بهلاك الدَّراهمِ المغصوبة؛ لأنَّ القيمةَ تخلُفُها[٢].

٣- (وبالدَّينِ) أي: بدَين المُحيلِ[٣] على المُحتال عليه (فلا يُطالِبُ المُحيلُ

---

[١] قولُه: (بدَراهِمِ الوَديعَةِ) صورتُه: رجلٌ أودعَ رجلًا ألفَ درهمٍ، ولآخرَ على المودِعِ ألفُ درهمٍ، فأحالَ المودِعُ(٣) الذي له الألفُ بألفه على المستودَع بالألف الذي عنده: فإنَّه جائزٌ، وهو ضامنٌ، فإن هلكَتِ الوديعةُ: بطلَتِ الحوالة، وبرئَ المودِعُ منَ الضَّمان؛ لأنَّه التزمَه من مالٍ معيَّنٍ لا مطلَقٍ، فإذا هلكَ ذلك: بطل؛ لأنَّ الحقَّ كان متعلِّقًا بذلك؛ كالزَّكاةِ المتعلِّقةِ بنصابٍ معيَّنٍ، كذا في «البيانيَّة»(٤).

[٢] قولُه: (لأنَّ القيمةَ تخلُفُها) فقام المغصوبُ معنًى، فلا تبطلُ الحوالةُ إلَّا إذا استُحِقَّ المغصوب، وحينئذٍ تبطلُ الحوالة؛ إذِ المغصوبُ وصل إلى مالكه، فهو يوجبُ براءةَ الغاصبِ عنِ الضَّمان.

[٣] قولُه: (أي: بدَينِ المُحيلِ)؛ كما إذا كان لرجلٍ على آخرَ ألفُ درهمٍ،

---

(١) في (ش٣): «من».

(٢) أي: تصحُّ الحوالة بالدَّراهم المغصوبة.

(٣) أي: الشَّخص الذي له ألفٌ على المودع، فالمحيل هو المودِع، والمحال هو ذلك الشَّخص، والمحال عليه هو المودَع (مِنهُ).

(٤) «غاية البيان»: (١١/ ٢٤)، وفيها: «كالزَّكاة تسقط بهلاك النِّصاب؛ لأنَّ الحقَّ كان متعلِّقًا بذلك المال» بدل: «الزَّكاة المتعلِّقة بنصابٍ معيَّنٍ».

المُحتالَ عليهِ)؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ المُحتال (مع أنَّ المُحتالَ أُسوَةٌ لغُرَماءِ(١) المُحيلِ بعدَ مَوتِهِ) إنَّما قال هذا لدفع توهُّمِ أنَّ المحتالَ لمَّا كان أُسوةً لغُرماء[١] المحيلِ بعدَ موته: يكونُ حقُّ المُحيلِ متعلِّقًا بذلك الدَّين، فينبغي أن يكونَ للمُحيل حقُّ الطَّلبِ مِنَ المُحتال عليه.

فالحاصل: أنَّ الحوالةَ بالدَّين وإن كانت موجِبةً لتعلُّق حقِّ المُحتالِ بذلك الدَّين: لكنَّها أدنى مرتبةً مِنَ الرَّهن[٢]، حتَّى لا يكونُ المُحتالُ أحقَّ به بعد موتِ المُحيل.

وللمديون على آخرَ كذلك(٢)، أحالَ المديونُ الطَّالبَ على مديونه بألفٍ على أن يؤدِّيَه منَ الألفِ التي للمطلوب عليه، فإنَّها جائزةٌ.

[١] **قولُه**: (أُسوةً للغُرماء) يعني: أنَّه ليس أحقَّ بمال الحوالةِ من سائر الغرماءِ بعد موت المُحيل؛ بل يُشاركونَه بالحِصَص.

[٢] **قولُه**: (لكنَّها أدنى مرتبةً مِنَ الرَّهن) وحاصلُ الفرقِ بينَهما: أنَّ المرتهِنَ أحقُّ بالرَّهن من سائر الغرماء، ألا ترى أنَّه لو هلكَ الرَّهن: يسقطُ الدَّينُ خاصَّةً؟ فلمَّا كان المرتهِنُ أحقَّ بغُرمه: كان أحقَّ بغُنمه، وأمَّا في الحوالة المقيَّدة: فليس المُحتالُ له أحقَّ بغُرم ذلك المال، ألا ترى أنَّه لم يسقطْ دَينُه عنِ المُحيل؟ والتَّوى على المُحيل دونَه، فلمَّا لم يكنْ هو أحقَّ بغُرمه: لم يكنْ أحقَّ بغُنمه من سائر الغرماء، كذا في «البيانيَّة»(٣).

---

(١) قوله: «الغرماء» في (ش٢): «مع غرماء».

(٢) «كذلك» في (ح٥): «ألف درهم».

(٣) «غاية البيان»: (١١/ ٢٥) وفيها: «سقط دين المرتهن» بدل «يسقط الدَّين»، و«ألا ترى =

(وفي المُطلَقَةِ[١]: لهُ الطَّلَبُ مِنَ المُحتالِ عليهِ) أي: إن كانتِ الحوالةُ مطلَقةً غيرَ مقيَّدةٍ بالوديعة أوِ المغصوبِ أوِ الدَّين: فللمُحيل طلبُ الوديعةِ والمغصوبِ والدَّينِ مِنَ المُحتال عليه.

(ولم تَبطُل بأخذِ ما عليهِ أو عندَهُ) أي: لم تبطُلِ الحوالةُ بأخذ المُحيلِ ما على المُحتال عليه، أو عنده[٢]، وهو الدَّينُ والمغصوبُ والوديعة، سواءٌ كانتِ الحوالةُ مطلَقةً أو مقيَّدةً، ففي المطلَقة ظاهرٌ، وأمَّا في المقيَّدة؛ فلأنَّ المُحيلَ ليس له حقُّ الأخذِ مِنَ المُحتال عليه، فإن دفعَ إليه المُحتالُ عليه: فقد دفعَ ما تعلَّقَ به حقُّ المُحتال، فيضمنُ المُحتالُ عليه.

ذخيرة العقبى

[١]قولُه: (وفي المُطلَقةِ) فيه إشارةٌ إلى أنواع الحوالة(١).

[٢]قولُه: (ما على المُحتالِ عليه أو عنده) فلفظةُ «عليه» ناظرٌ إلى الدَّين فقط، ولفظةُ «عنده» إلى الوديعة والمغصوبِ معًا؛ كما يُفهَمُ من تقرير «الكفاية»(٢).

قال الأكملُ بعد تقرير هذه المسألة(٣): ((وعلى هذا ليس للمودَع والغاصبِ أن

= أنَّه لو توى: لم يسقط» بدل «ألا ترى أنَّه لم يسقط».

(١) اعلم أنَّ الحوالة على نوعين: مقيَّدةٌ ومطلَقةٌ، والمقيَّدة على نوعين:
أحدهما: أن يقيِّد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب.
والثَّاني: أن يقيِّدها بالدَّين الذي له على المحال عليه.
والمطلقة: هي أن يرسلها إرسالاً لا يقيِّدها بدَينٍ له على المحال عليه، ولا يعيِّن له في يده وإن كان له ذلك عليه أو في يده، أو أن يحيل على رجلٍ ليس له عليه دَينٌ، ولا له في يده عينٌ أيضًا على نوعين: حالَّةٌ ومؤجَّلةٌ، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٤٧) (مِنهُ). وقد جاءت هذه المنهوَّة في متن (ح٥).

(٢) ينظر «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٥٥).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٤٩)

(ولا يُقبَلُ قَولُ المُحيلِ للمُحتالِ عليهِ عندَ طَلَبِهِ مِثلَ ما أحالَ: «أحَلتُ بدَينٍ لي عليكَ») أحالَ رجلٌ رجلًا على آخَرَ بمئةٍ، فدفعَ المُحتالُ عليه إلى المُحتال، ثمَّ طلبَ المُحتالُ عليه تلك المئةَ مِنَ المُحيل، فقال المُحيل: «إنَّما أحلتُ بمئةٍ لي عليك»، والمُحتالُ عليه يُنكرُ أنَّ عليه شيئًا: يكونُ القولُ له لا للمُحيل، ولا يكونُ قَبولُ الحوالةِ إقرارًا مِنَ المُحتال عليه بمئةٍ؛ لأنَّ الحوالةَ تصحُّ من غير أن يكونَ للمُحيل على المُحتال عليه شيءٌ.

(ولا قَولُ المُحتالِ للمُحيلِ عندَ طَلَبِهِ ذلك: «أحَلتَني بدَينٍ لي عليك») أي: أحالَ فأخذَ المُحتالُ المالَ مِنَ المُحتال عليه، فطلبَ المُحيلُ ذلك المالَ مِنَ المُحتال، فقال المُحتالُ للمحيل: «قد أحَلتَني بالدَّين الذي لي عليك»، والمُحيلُ يُنكرُ أنَّ له عليه شيئًا: فالقولُ له لا للمُحتال، ولا تكونُ الحوالةُ إقرارًا مِنَ المُحيل بالدَّينِ للمُحتالِ على المُحيل، فإنَّ الحوالةَ مستعمَلةٌ في الوكالة.

(ويُكرَهُ السُّفتَجَةُ: وهي إقراضٌ لسُقوطِ خَطَرِ الطَّريقِ) في «المُغرِب»: السُّفتَجة: بضمِّ السِّينِ وفتحِ التَّاء: أن يدفعَ إلى تاجرٍ مالًا بطريق الإقراضِ(١) ليدفعَه إلى صديقه في بلدٍ آخر، وإنَّما يُقرضُه لسقوط خطرِ الطَّريق، وهي تعريبُ «سُفْتَه»[١].

وإنَّما سُمِّيَ الإقراضُ المذكورُ بهذا الاسمِ؛ تشبيهًا له بموضع الدَّراهمِ

يؤدِّيَ دَينَ المُحالِ منَ الوديعة والغصب، وللمُحيل أن يأخذَهما معَ بقاءِ الحوالةِ كما كانت))، انتهى.

[١] قولُه: (تعريبُ «سُفْتَه») وهي في أصلِ الفارسيِّ: شيءٌ فيه ثقبٌ، ثمَّ غلبَ

---

(١) في (ش٤) زيادة: «خطر الطريق».

أو الدَّنانيرِ في السَّفاتِج؛ أي: في الأشياء المجوَّفة، كما تُجعَلُ العصا مجوَّفًا، ويُخبَّأُ فيه[١] المال، وإنَّما شُبِّهَ به لأنَّ كلًّا منهما احتيالٌ لسقوط خطرِ الطَّريق، أو لأنَّ أصلَها أنَّ الإنسانَ إذا أراد السَّفرَ وله نقدٌ، أو أرادَ إرسالَه[٢] إلى صديقه،

استعمالُه في الشَّيء المحكَم، ويُسمَّى هذا القرضُ به لإحكام أمرِه، وقيل: صورتُها: أن يُقرضَ إنسانٌ مالًا ليقضيَه المستقرِضُ في بلدٍ يُريدُه المقرِض.

ثمَّ قيل: أوردَ هذه المسألةَ في هذا الموضعِ بجامع أنَّها معاملةٌ في الدُّيون، كما أنَّ الكفالةَ والحوالةَ معاملتانِ فيها، وقيل: إنَّ في هذا القرضِ معنى الحوالة؛ لأنَّه أحالَ الخطرَ المتوقَّعَ في الطَّريق على المستقرِض، فيكونُ في معناها، كذا في «البيانيَّة»(١).

[١] **قولُه**: (ويُخبَّأُ فيه) - بالخاء المعجَمة -، من: خبَّأَ بمعنى: ستر، كذا فُهِمَ منَ «الصِّحاح»(٢).

[٢] **قولُه**: (أنَّ الإنسانَ إذا أرادَ السَّفرَ وله نقدٌ وأرادَ إرسالَه) **أقول**: إن كان هذا إشارةً إلى صورةٍ واحدةٍ: يلزمُ استدراكُ أحدِ الأمرَين:

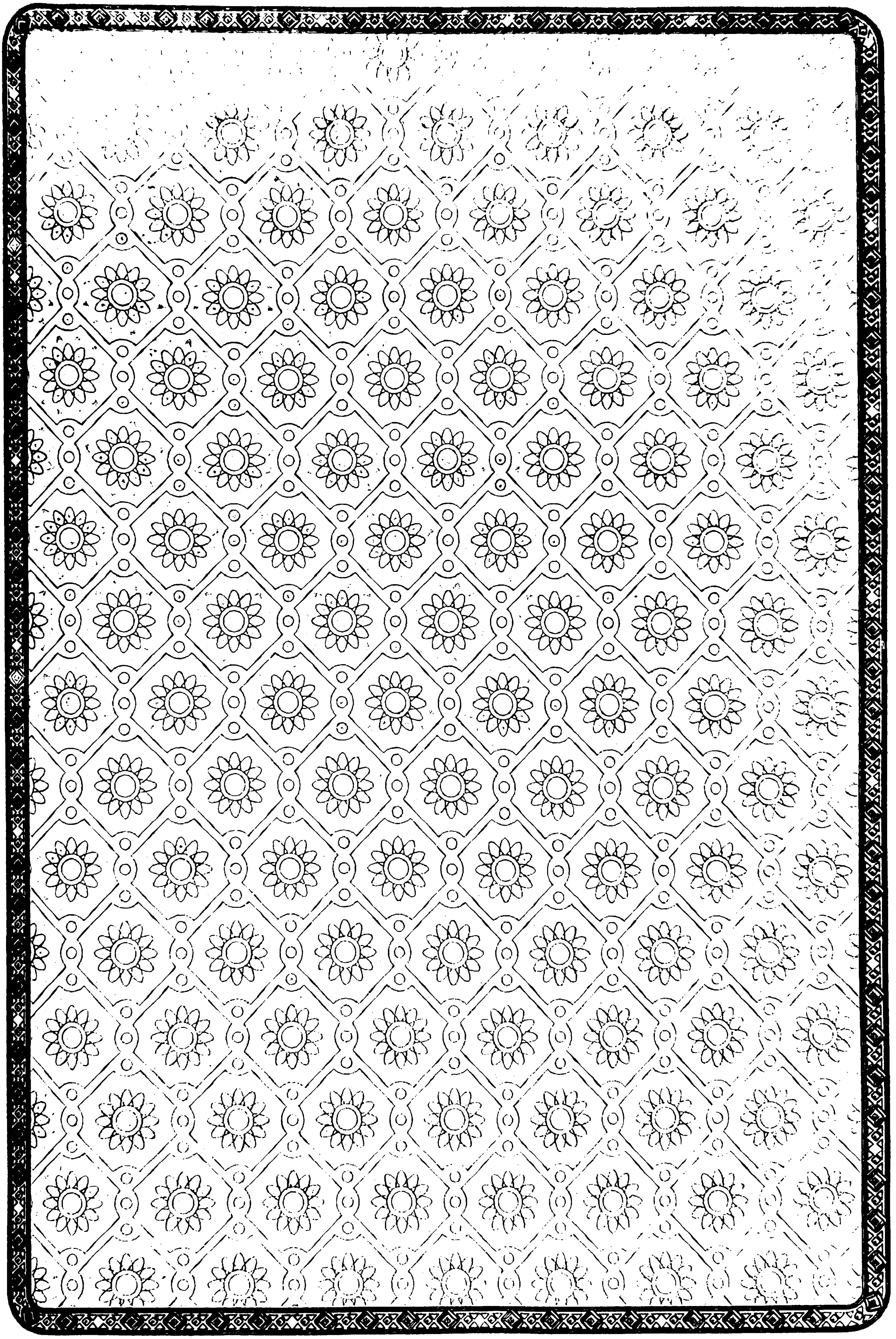
إمَّا ذكرُ إرادةِ السَّفر، أو ذكرُ إرادةِ الإرسال، وهو ظاهرٌ.

وأمَّا إذا كان إشارةً إلى الصَّورتَين كما تؤيِّدُه النُّسخةُ التي وقعَ فيها «أو» بدلَ «الواو» في: «وأرادَ إرسالَه»: يكونُ جوابُ «إذا» الملفوظِ في: «إذا أرادَ السَّفر»، و«إذا» المقدَّرِ في: «وأرادَ إرسالَه»: واحدًا، وهو قولُه: «فوضعَه»: صار وجيزًا حسنًا.

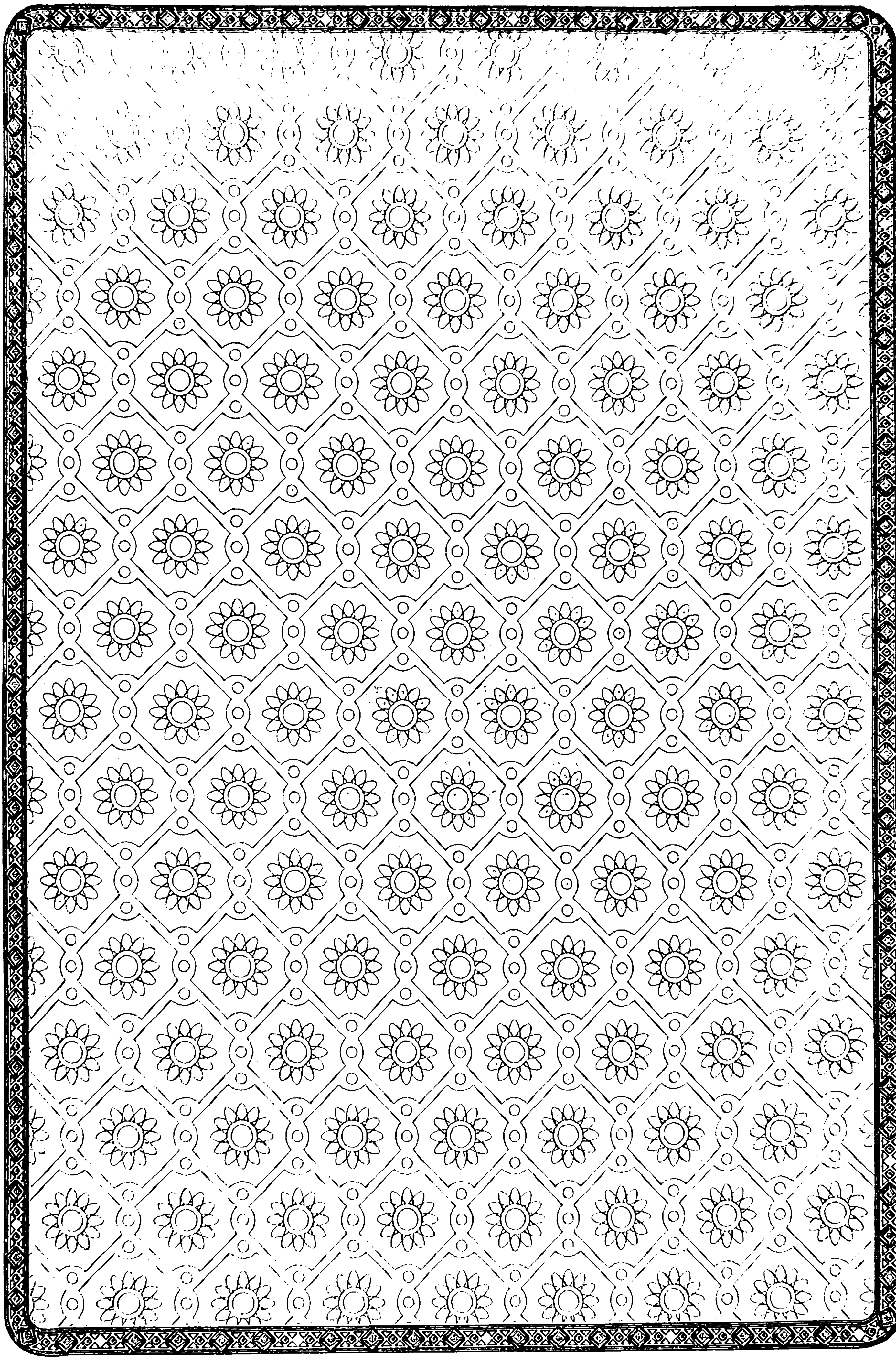
(١) «غاية البيان»: (١١/ ٢٩)، وفيها: «الباب» بدل «الموضع»، و«لأنَّها» بدل «بجامع أنَّها».
(٢) ينظر «الصِّحاح»: (خبأ).

فوضعَه في السُّفتَجةِ[(١)]، ثمَّ مع ذلك خافَ الطَّريق، فأقرَضَ ما في السُّفتَجة إنسانًا آخر، فأُطلِقَ السُّفتَجةُ على إقراض ما في السُّفتج، ثمَّ شاعَ بالإقراض لسقوط خطرِ الطَّريق.

(١) في (ش٤) زيادة: «على إقراض».



كتابُ القضاء



كتابُ القضاء

(الأهلُ للشَّهادَةِ أهلٌ للقَضاءِ، وشَرطُ أهليَّتِها[1] شَرطُ أهليَّتِهِ، والفاسِقُ أهلٌ لهُ(1)، يَصِحُّ تَقليدُهُ(2)، ولا يُقَلَّدُ) أي: يجبُ ألَّا يُقلَّد، حتَّى لو قُلِّدَ: يأثمُ[2] (كما

كتابُ القضاء(3)

وهو عبارةٌ عنِ الإحكام(4) لغةً، وعنِ الإلزام(5) شريعةً.

[1] **قولُه**: (وشَرطُ أهليَّتِها) وهو الإسلام، والحرِّيَّة، والعقل، والبلوغ.

[2] **قولُه**: (يأثَمُ) وإنَّما يأثمُ المولى؛ لأنَّ المولى الفاسقَ لا يؤتمَنُ في أمر الدِّين؛

---

(1) أي: للقضاء.

(2) تقليد فلانٍ المنصب: توظيفه فيه. «معجم لغة الفقهاء»: (ص ١٤١).

(3) قال الأكمل (٧/ ٢٥٢) ومفتي الثَّقلين (٧/ ١٠٤): ((ولا شكَّ أنَّ القضاء بالحقِّ من أقوى الفرائض، وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى، أمر الله به كلَّ مرسَل، حتَّى خاتم الرُّسل صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَا ٱلتَّوۡرَىٰةَ فِيهَا هُدٗى وَنُورٞۚ يَحۡكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ﴾ [المائدة: ٤٤]، وقال: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المائدة: ٤٩]))*، ((ولأنَّ فيه إظهارَ العدل، وبه قامت السَّموات والأرض، ودفع الظُّلم من الجاهل، وهو ممَّا يدعو إليه عقل كلِّ عاقل، وإنصاف المظلوم الملهوف، والنَّهي عن المنكر، والأمر بالمعروف، ولأجله بُعِثَ الرُّسل والأنبياء، وكان عليه الخلفاء والعلماء)).
ونحن نقول: إنَّا آمنَّا أنَّ حال القضاء بالحقِّ كذلك بلا ريبةٍ، لكنَّه في عصرنا من جملة أمثلة المعدومات الممكنة، لها أسام مجرَّدةٌ بلا مسمَّياتٍ؛ كالكبريت الأحمر، والإكسير، والعنقاء، وهل يحكي عن تحقُّق فردٍ من أفراد هذه المذكورات أحدٌ من العقلاء؟ (مِنهُ).
* انتهى كلام الأكمل، وبدأ كلام حافظ الدِّين أبي البركات النَّسفيِّ صاحب «الكافي».

(4) أي: الإتقان، كذا في الزَّيلعيِّ: (٤/ ١٧٥) (مِنهُ).

(5) أي: في فصل الخصومة (مِنهُ).

صَحَّ قَبولُ شَهادَتِهِ، ولا تُقبَلُ) بالمعنى المذكور.

(ولو فَسَقَ العَدلُ[١]: استَحَقَّ العَزلَ في ظاهِرِ المَذهَبِ، وعليه مَشايخُنا) وعند بعض المشايخ: ينعزِل[٢].

ذخيرة العقبى

لقلَّة مبالاتِه فيه، وقيل: اختيارُ الطَّحاويِّ أنَّ الفاسقَ إذا قُلِّدَ القضاءَ: لا يصيرُ قاضيًا، كذا في «البيانيَّة»(١).

[١] قولُه: (ولو فَسَقَ العَدلُ) أي: لو كان حالَ ابتداءِ التَّقليدِ عدلًا، ففسقَ بأخذ الرِّشوة(٢) أو بغيره مثل الزِّنا وشربِ الخمر: استحقَّ العزل؛ يعني: لا ينعزلُ به إذا لم يُشترطِ العزلُ عند التَّقليد بتعاطي المحرَّم؛ بل يستحقُّه فيعزلُه مَن له الأمر، وهذا يقتضي نفوذَ أحكامِه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يُعزَلْ، وقيل: وأجمعوا أنَّه إذا ارتشى: لا ينفذُ قضاؤه فيما ارتشى، وإذا أخذ القضاءَ بالرِّشوة: لا يصيرُ قاضيًا، ولو قضى: لا ينفذُ قضاؤه، كذا في «العناية» و«الكافي»(٣).

[٢] قولُه: (ينعزِل) يعني: إذا قُلِّدَ الفاسقُ ابتداءً: يصحُّ، ولو قُلِّدَ وهو عدلٌ: ينعزلُ بالفسق؛ لأنَّ المقلِّدَ اعتمدَ عدالتَه، فلم يرضَ بقضائه بدونها، وكان التَّقليدُ مشروطًا ببقاء العدالة، فينتفي بانتفائها.

فإن قيل: إنَّ قولَ الفقهاء: البقاءُ أسهلُ منَ الابتداء: يُنافي جوازَ التَّقليدِ معَ الفسقِ ابتداءً، والعزلَ بالفسق الطَّارئ، والأوَّلُ من مسلَّمات هذا الفنِّ تُبنى عليه أحكامٌ كثيرةٌ؛ كبقاءِ النِّكاحِ بلا شهودٍ، وامتناعِه ابتداءً بدونها، فينتفي الثَّاني وهو

---

(١) «غاية البيان»: (١١/ ٣٥) عن «الواقعات».

(٢) وهي بضمِّ الرَّاء وكسرها (مِنْهُ).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٥٤)، و«الكافي»: (٧/ ١٠٥) عن القاضي فخر الدِّين.

(والاجتِهادُ(١)[١] شَرطٌ للأولَويَّةِ(٢)، فلو قُلِّدَ جاهِلٌ: صَحَّ[٢]،

ذخيرة العقبى

ثبوتُ القضاءِ بالفسق ابتداءً، والعزلُ بالفسق الطَّارئ.

قلنا: إنَّ التَّقليدَ كان معلَّقًا بالشَّرط، والمعلَّقُ به ينتفي بانتفائه، وقيل: لا يصلحُ الفاسقُ مفتيًا؛ لأنَّ مبناه على الأمانة وتركِ الخيانة، والفاسقُ خائنٌ لنفسه فضلًا عن غيره.

وقيل: يصلحُ(٣)؛ لأنَّه لا يرضى بتخطئة الفقهاءِ إيَّاه، فيُجيبُ بما هو الصَّواب، كذا في «البيانيَّة»(٤).

[١] قولُه: (والاجتِهادُ) واختلفوا في حَدِّه، قيل: أن يعلمَ الكتابَ بمعانيه، والسُّنَّةَ بطرقها، والمرادُ بعلمهما: علمُ ما يتعلَّقُ به الأحكامُ منهما، ومعرفةُ الإجماعِ والقياس، ولا يُشترَطُ معرفةُ الفروعِ التي استخرجَها المجتهدونَ بآرائهم.

وحاصلُه: أن يكونَ المجتهدُ صاحبَ حديثٍ له معرفةٌ بالفقه؛ أي: منسوبًا إلى علم الحديثِ لزيادة علمِه ودرسِه فيه، ولكن له فقهٌ أيضًا، وليس هو بقدْر علمِه بالحديث، أو صاحبَ فقهٍ له معرفةٌ بالحديث؛ أي: منسوبًا إلى الفقه، لكن له علمٌ بالحديث أيضًا، وليس هو بقدْر علمِه بالفقه، كذا في «التَّبيين» و«الكفاية»(٥).

[٢] قولُه: (فلو قُلِّدَ جاهِلٌ: صَحَّ) يحتملُ أن يكونَ مرادُه بالجاهل: المقلِّد؛

(١) أي: كون القاضي مجتهدًا.
(٢) أي: ليس شرطٌ للجواز. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٧٧).
(٣) زاد في (ح٥): «الفاسق».
(٤) «غاية البيان»: (١١/ ٣٥) عن محمَّد بن شجاع.
(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٧٦)، و«الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٣٦١).

ويُختارُ الأقدَرُ[١] والأولى).

وعند الشَّافعيِّ: لا يصحُّ تقليدُ الفاسقِ[٢] والجاهل(١).

واعلم أنَّه قد كان الاحتياطُ فيما قال الشَّافعيُّ، لكن بحسَبِ الزَّمان لو شُرِطَ

ذخيرة العقبى

لأنَّه ذكرَه في مقابلة المجتهد، وسمَّاه جاهلًا بالنِّسبة إلى المجتهد، ويحتملُ أن يكونَ المرادُ به: مَن لا يحفظُ شيئًا من أقوال الفقهاء، وهو المناسبُ بقوله: «لو شُرِطَ العلم»، حيثُ لم يذكرِ الاجتهادَ بدلَه، والأوَّلُ هو الظَّاهر، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٢).

[١] قولُه: (ويُختارُ الأقدَرُ) يعني: ينبغي للمقلِّد أن يختارَ الأقدرَ والأَولى؛ لقولِه ﷺ: «مَن قلَّدَ إنسانًا عملًا وفي رعيَّتِه مَن هو أَولى منه: فقد خانَ اللهَ ورسولَه وجماعةَ المسلمين»(٣)، وهو حديثٌ ثبتَ بنقل العدول، فلا يُلتفَتُ إلى ما قيل: إنَّه خارجٌ عنِ المدوَّنات، فإنَّه طعنٌ بلا دليلٍ، فلا يُقلَّدُ المقلِّدَ عند وجود المجتهِدِ العدل، كذا في «العناية»(٤)(٥).

[٢] قولُه: (وعند الشَّافعيِّ: لا يصحُّ تقليدُ الفاسِق) وهو منقولٌ في «النَّوادر» عن أئمَّتنا الثَّلاث.

---

(١) ينظر: «تحفة المحتاج»: (١٠/ ١٠١).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٥٧)، وفيه: «لسياق الكلام» بدل: «بقوله: «لو شرط العلم»».

(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرك»: (٧٢٤١)، والطَّبرانيُّ في «الكبير»: (١١٢١٦)، والبيهقيُّ في «الكبرى»: (٢٠٣٩٠) من حديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما.

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٥٨).

(٥) قال الزَّيلعيُّ: (٤/ ١٧٦) أخذًا من «الكافي»: (٧/ ١٠٧): (ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظًّا غليظًا جبَّارًا عنيدًا، وينبغي أن يكون موثوقًا به في عفافه، وعقله، وصلاحه، وفهمه، وعلمه بالسُّنَّة والآثار ووجوه الفقه، ويكون شديدًا من غير عنفٍ، ليِّنًا من غير ضعفٍ)، كذا في «التَّبيين» (مِنهُ).

العلمُ والعدالةُ: لارتفعَ أمرُ القضاءِ بالكلِّيَّة، ووقعُ الشَّرِّ والفسادِ أعظمُ ممَّا احترزَ عنه. (ولا يَطلُبُ القَضاءَ[١]، ....

ولـه في عدم جوازِ تقليدِ الجاهل: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**القضاةُ ثلاثةٌ، قاضيانِ في النَّار، وقاضٍ في الجنَّة، أمَّا اللَّذانِ في النَّار: فالجاهلُ والجائر، وأمَّا الذي في الجنَّة: فالعالِمُ العادل**»(١)، ولأنَّه مأمورٌ بالحقِّ، ولا أمرَ بلا قدرةٍ، ولا قدرةَ بلا علمٍ، كذا في «الكافي»(٢).

ولنا: أنَّه يُمكنُه أن يقضيَ بفتوى غيرِه؛ لأنَّ المقصودَ منَ القضاء هو أن يصلَ الحقُّ إلى المستحِقِّ، وذلك كما يحصلُ باجتهاد نفسِه: يحصلُ منَ المقلِّد إذا قضى بفتوى غيرِه، يؤيِّدُه قولُ عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: بعثني رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى اليمن قاضيًا، فقلت: يا رسولَ الله، وأنا حديثُ السِّنِّ، ولا علمَ لي بالقضاء؟ فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إنَّ اللهَ تعالى سيهدي قلبَك، ويُثبِّتُ لسانَك، فإذا جلسَ بينَ يدَيكَ الخصمانِ: فلا تقضِ(٣) حتَّى تسمعَ منَ الآخَر كما سمعتَ منَ الأوَّل**»، قال عليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وما شكَكتُ في قضاءٍ بعده(٤)، فعُلِمَ أنَّ الاجتهادَ ليس بشرط الجواز؛ لأنَّ عليًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لم يكن من أهل الاجتهاد، كذا في «البيانيَّة»(٥).

[١] **قولُه**: (ولا يَطلُبُ القَضاءَ) أي: لا بقلبه ولا بلسانه(٦)؛ لما رُوِيَ أنَّ أنسَ بنَ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٧٣)، والتِّرمذيُّ (١٣٧١)، وابن ماجه (٢٣١٥) من حديث بُريدةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) «الكافي»: (٧/ ١٠٦).

(٣) سَقْط الياء علامةٌ للجزم كما بُيِّنَ في أصول التَّصريف (مِنهُ).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٨٢)، والتِّرمذيُّ (١٣٨٠)، وابن ماجه (٢٣١٠).

(٥) «غاية البيان»: (١١/ ٤١) وفيها زيادة: «ترسلني» قبل: «وأنا حديث السِّنِّ»، وفيها: «فلا تقضينَّ» بدل «فلا تقضِ»، وفيها زيادة «حينئذٍ» قبل: «لم يكن من أهل الاجتهاد».

(٦) ولقد أعجب صاحب «الهداية» حيث عبَّر عن القلب بالطَّلب، وعن اللِّسان بالسُّؤال (مِنهُ).=

وصحَّ الدُّخولُ فيه لمن يثقُ عدلَه[١]، وكُرِهَ[٢] لمن خاف عجزَهُ وحَيْفَهُ(١)).

مالكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن طلبَ القضاءَ: وُكِلَ إلى نفسه، ومَن أُجبِرَ عليه: نزلَ عليه ملكٌ يُسدِّدُه»(٢).

[١] قولُه: (لمن يثقُ عدلَه) أي: يعتمِدُ نفسه أنّه إذا ولّاه: قام بما هو فرضُه وهو الحقُّ؛ لأنَّ القضاءَ بالحقِّ فرضُ أُمِرَ(٣) به الأنبياء(٤)، ومَن اعتمدَ على نفسه بإقامة الفرض: فلا بأسَ بالدُّخول فيه؛ لأنَّ الصَّحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ تقلَّدوه، وكفى بهم قدوةً.

[٢] قولُه: (وكُرِهَ... إلخ) يعني: مَن خاف العجزَ عن أداء فرضِ القضاء، ولا يأمنُ على نفسه الجورَ فيه: كُرِهَ له الدُّخولُ فيه؛ لاحتمال الوقوعِ في الحرام، وكرهَ بعضُ العلماءِ الدُّخولَ فيه بالاختيار وإنِ اعتمدوا على أنفسهم، وفُسِّرَ الكراهةُ ههنا: بعدم الجواز، حتَّى قيل: لا يجوزُ الدُّخولُ فيه إلَّا مُكرَهًا، ألا يُرى أنَّ الأعظمَ دُعيَ إلى القضاء ثلاثَ مرَّاتٍ فأبى، حتَّى ضُرِبَ في كلِّ مرَّةٍ ثلاثينَ سوطًا، فلمَّا كان في المرَّةِ الثَّالثةِ: قال: حتَّى أستشيرَ أصحابي، فاستشارَ صاحبَيه واستحسنَه، ولم يستحسِنْه منهما؟

= ينظر «الهداية»: (٣/ ١٠٢)، حيث قال: ((وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها)).

(١) الحيف: الجور والظُّلم. «الصِّحاح»: (حيف).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧٨)، والتِّرمذيُّ (١٣٧٢)، وابن ماجه (٢٣٠٩).

(٣) زاد في (ح٣): «الله تعالى».

(٤) قال الله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةً فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ﴾ [سورة ص: ٢٦]، قال الله تعالى لنبيِّنا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١٠٥]، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٦٠) (منه).

(ومَن قُلِّدَ: سأَلَ ديوانَ قاضٍ قَبلَهُ) وهو الخرائطُ[١] التي فيها الصُّكوكُ[٢]

وكذا دُعِيَ محمَّدٌ إلى القضاء(١)، فأبى حتَّى قُيِّدَ وحُبِسَ، فاضطُرَّ، ثمَّ تقلَّدَ(٢).

وقدِ استدلَّ صاحبُ «الهداية»(٣) على الكراهة المذكورةِ بقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن جُعِلَ على القضاءِ فكأنَّما ذُبحَ بغيرِ سكِّينٍ»(٤)(٥)، رواه أبو هريرة، وقيل: وجهُ تشبيهِ القضاءِ بالذَّبح بغير سكِّينٍ: أنَّ السِّكِّينَ يؤثِّرُ في الظَّاهر والباطنِ جميعًا، والذَّبحَ بغير سكِّينٍ يؤثِّرُ في الباطنِ بإزهاق الرُّوح، ولا يؤثِّرُ في الظَّاهر، ووَبالُ القضاءِ لا يؤثِّرُ في الظَّاهر، فإنَّ ظاهرَه جاهٌ وعظَمةٌ، ولكنَّ باطنَه هلاكٌ وفَناءٌ.

[١] قولُه: (وهيَ الخرائطُ) الخريطةُ: وعاءٌ من أدَمٍ(٦) وغيرِه، تُشرَجُ على ما فيها، المرادُ هنا: ظرفُ دفاترِ القاضي منَ الصُّكوك، والسِّجلَّات، والمَحاضِر، وكتابِ نصيبِ الأوصياءِ والقُيَّماءِ(٧) في أموال الوقف، وكتابِ تقديرِ النَّفقاتِ المفروضات.

[٢] قولُه: (فيها الصُّكوكُ) أي: فيها نُسَخُ الصُّكوك؛ لأنَّ القاضيَ يكتبُ

(١) قوله: «وكذا دعي محمَّدٌ إلى القضاء»: سقط من جميع النُّسخ عدا (ح١)، والصَّواب إثباتها. ينظر: «شرح أدب القاضي للخصَّاف» للصَّدر الشَّهيد: (١/ ١٣٤).
(٢) هذا كلُّه إذا لم يتعيَّن، وأمَّا إذا تعيَّن بحيث لا يصلح له غيره: فيُفرَض عليه التَّقليد صيانةً لحقوق العباد، وإخلاءً للعالم من الفساد، كذا في «الهداية»: (٣/ ١٠٢) (مِنهُ).
(٣) «الهداية»: (٣/ ١٠٢).
(٤) وكان شمس الأئمَّة الحُلوانيُّ يقول: لا ينبغي لأحدٍ أن يزدري هذا اللَّفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي الذي روى له هذا اللَّفظ فازدراه، وقال: كيف يكون هذا؟ ثمَّ دعا في مجلسه حلَّاقًا ليسوِّي شعره، فجعل الحلَّاق يحلق بعض الشَّعر من تحت ذقنه إذ عطس، فأصابه الموسى، وألقى رأسه بين يديه، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٦٢) (مِنهُ).
(٥) أخرجه أبو داود (٣٥٧١)، والتِّرمذيُّ (١٣٧٤)، وابن ماجه (٢٣٠٨).
(٦) في (ح١) و(ح٥): «أديم».
(٧) جمع قيِّم، وهو متولِّي مال الوقف.

والسِّجِلَّاتُ (وألزَمَ مَحبوسًا أقَرَّ بحَقٍّ(١)، لا مَن أنكَرَ(٢) إلَّا ببيِّنَةٍ، وإن أخبرَ به المَعزولُ)؛ لأنَّه بالعزل التحَقَ بواحدٍ مِنَ الرَّعايا، وشهادةُ الواحدِ لا تُقبَلُ[١] (وإلَّا: يُنادي عليه، ثمَّ يُخَلِّيهِ) أي: إن لم تُقمِ البيِّنةُ على المحبوس المُنكرِ يُنادي:

ذخيرة العقبى

نسختَين، إحداهما بيدِ الخصم، والأخرى تكونُ في ديوان القاضي؛ لأنَّه ربَّما يحتاجُ إليه لمعنًى منَ المعاني، وما بيَد الخصمِ لا يؤمَنُ عليه الزِّيادةُ والنُّقصانُ بالكتاب، وقد فسَّرَ الجوهريُّ **السِّجلَّ** بالصَّكِّ، **والصَّكَّ**: بالكتاب، وقد وضحَ الفرقُ بينَهما من تقرير المطرِّزيِّ حيثُ قال: **السِّجلُّ**: كتابُ الحُكمِ وقد سجَّلَ عليه القاضي، **والصَّكُّ**: كتابُ الإقرارِ بالمال أو غيرِه، معرَّبٌ، كذا في «المُغرب»(٣).

فالصَّكُّ أعمُّ منَ السِّجلِّ؛ لأنَّه يشملُ كتابَ الإقرار، وهو ليس بحُجَّةٍ كما صرَّحَ به في «البيانيَّة»، وكلُّ سجلٍّ حُجَّةٌ(٤).

[١] **قولُه**: (لا تُقبَلُ) سيَّما على فعل نفسِه.

---

(١) أي: يسأل القاضي الثَّاني عن سبب حبس المحبوس، فمن أقرَّ بحقٍّ ألزمه؛ لأنَّ الإقرار ملزمٌ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٨١).

(٢) أي: لا يلزم من أنكر ذلك الحقَّ الذي حبس به. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٢٤).

(٣) ينظر: «الصِّحاح»: (سجل) و(صكك)، و«المغرب»: (سجل) و(صكك).

(٤) قال الأستاذ في «غرره» بعد الفراغ عن بيان السِّجلِّ، ونقل الشَّهادة التي سيجيء في هذا الباب بُعيدَ هذا (٢/ ٤١٥): ((والمحضر: ما كُتِبَ فيه حضورُ المتخاصمَينِ عند القاضي، وما جرى بينهما من الإقرار من المدَّعى عليه، أو الإنكار منه، أو الحكم بعد إنكاره بالبيِّنة من المدَّعي، أو النُّكول عن اليمين من المدَّعى عليه على وجهٍ يرفع الاشتباه، والصَّكُّ: ما كُتِبَ فيه البيع والرَّهن والإقرار ونحوها، والحجَّة والوثيقة: تتناولان السِّجلَّ والصَّكَّ والمحضرَ؛ لأنَّ في كلٍّ منها معنى الحجِّيَّة والوثاقة))، انتهى كلامه وفَّقه الله تعالى وأرضاه (مِنهُ).

«إنَّ كلَّ مَن له حقٌّ على فلانِ بنِ فلانٍ المحبوس: فليحضُر مجلِسَ القضاءِ[(١)]»، فإن لم يحضُر[١] أحدٌ يُخلِّيه[١].

(وعَمِلَ في الوَدائعِ وغَلَّةِ الوُقوفِ[(٢)] بالبَيِّنَةِ، أو بإقرارِ ذي اليَدِ، لا بقَولِ المَعزولِ) أي: لا يُقبَلُ قولُ المعزولِ إن قال: «هذا وديعةُ فلانٍ دفعتُها إلى هذا الرَّجلِ»، وهو منكِرٌ (إلَّا إذا أقَرَّ ذو اليَدِ بالتَّسليمِ منهُ) أي: مِنَ القاضي المعزول[٢].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فإن لم يحضُرْ) أي: بعد النِّداءِ عليه مرارًا في أيَّامٍ معدوداتٍ.

وقولُه: (يُخلِّيه)؛ أي: بعد أخذ الكفيلِ منه بنفسه اتِّفاقًا في الصَّحيح، وإن قال: «لا كفيلَ لي»، أو: «لا أُعطي كفيلًا، فإنَّه لم يجِبْ عليَّ شيءٌ»: نادى عليه شهرًا ثمَّ خلَّاه؛ لأنَّ طلبَ الكفيلِ كان احتياطًا، فإذا امتنع: احتاطَ بوجهٍ آخر، وهو يحصلُ بالنِّداء عليه شهرًا، كذا في «الأكمليَّة»[(٣)]، فظهرَ أنَّ المرادَ من قولهم: يُنادى عليه في أيَّامٍ معدوداتٍ: أقلُّ من شهرٍ، فليُتأمَّلْ.

[٢] قولُه: (أي: مِنَ القاضي المعزول) يعني: فحينئذٍ يُقبَلُ فيها قولُ المعزول؛ لأنَّه بإقرار ذي اليدِ ثبت أنَّ اليدَ كانت للمعزول، فيصحُّ إقرارُ المعزولِ به كأنَّه بيده للحال، ولو كان بيده حقيقةً: يُقبَلُ إقرارُه به، فكذا إذا كان في يد مودَعِه؛ لأنَّ يدَ المودَع كيدِ المودِع، وفيه تفصيلٌ في «العناية»[(٤)] فليُنظَرْ فيها.

---

(١) في (ش١): «القاضي».

(٢) في (م١) و(م٢): «الوقف».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٦٧).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٦٧)، وفيها: «عيانًا» بدل «حقيقة».

(وجَلَسَ لِلحُكمِ ظاهِرًا في مَسجِدٍ، والجامِعُ أولى) أي: جلوسًا ظاهرًا[1]، وهو الجلوسُ المشهورُ الذي يأتي النَّاسُ لقطعِ الخصوماتِ من غيرِ اختصاصِ بعضِ النَّاسِ بذلك المجلِسِ.

وعند الشَّافعيِّ(1): يُكرَهُ الجلوسُ في المسجد؛ لأنَّه قد يحضُرُ المشرِكُ والحائضُ.

ولنا: جلوسُ النَّبيِّ ﷺ، وأيضًا القضاءُ عبادةٌ[2]، ونجاسةُ المشرِكِ من حيثُ الاعتقادُ[3] والحائضُ لا تدخُلُ[4]، بل يفصِلُ خصومتَها على باب المسجد.

---

[1] قولُه: (ظاهرًا)؛ كيلا يشتبِهَ مكانُه على الغرباء وبعضِ المُقيمين، قال البَزدويُّ: أولويَّةُ الجامعِ إذا كان في وسَط البلدة، وإلَّا: فيختارُ مسجدًا في وسَطها؛ تيسيرًا للخصوم في الذَّهاب والإياب.

[2] قولُه: (عبادةٌ) فيجوزُ إقامتُها في المسجد كالصَّلاة، دليلٌ ثانٍ لنا كما لا يخفى.

[3] وقولُه: (من حيثُ الاعتقاد) أي: لا من حيثُ الظَّاهر.

[4] قولُه: (لا تدخُل) فإن قيل: يجوزُ أن تكونَ غيرَ مسلِمةٍ، لا تعتقدُ حرمةَ الدُّخولِ في المسجد حتَّى تُخبرَ عن حيضها.

قلنا: الكفَّارُ ليسوا بمخاطبينَ بالأحكام الشَّرعيَّةِ سوى الإيمان، فلا محذورَ في دخولها، كذا في «العناية»(2).

---

(1) ينظر: «نهاية المحتاج»: (8/ 253).

(2) «العناية شرح الهداية»: (7/ 270)، ولفظها: ((الكفَّار ليسوا بمخاطبين بفروع الشَّرائع، فلا بأس بدخولها)).

(ولو جَلَسَ في دارِهِ وأَذِنَ بالدُّخولِ: جازَ[١]).

[ما للقاضي فعلُه وما ليس له فعلُه]

(ولا يَقبَلُ هَديَّةً إلَّا من ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ، أو ممَّنِ اعتادَ مُهاداتَهُ[٢] قَدرًا عُهِدَ(١)

ونحنُ نقول: وبهذا الجوابِ اندفعَ وهمٌ نشأ من تجويز دخولِ الكافر، وهو أنَّ المسلمَ المحدِثَ ليس بأدنى منَ الكافر الخبيثِ الذي لا تزولُ عنه الجنابةُ أبدًا، معَ أنَّه لا يجوزُ دخولُه محدِثًا؛ بل متيمِّمًا إلَّا في بعض الرِّواياتِ النَّادرة (٢).

[١] قولُه: (جازَ... إلخ) أي: إذا كان دارُه في وسَط البلدةِ كما في المسجد، ويجلسُ معَه فيها مَن كان يجلسُ معَه لو جلسَ في المسجد؛ إذ في الوَحدة تهمةُ الظُّلمِ وأخذِ الرِّشوة.

[٢] قولُه: (مُهاداتَهُ) أي: كان أخذُ كلٍّ واحدٍ منهما هديَّةَ الآخر: معتادًا بينَهما، وكان قدرُها غيرَ زائدٍ على ما قبل القضاء.

والحاصل: أنَّ المهديَ للقاضي إمَّا أن يكونَ ذا خصومةٍ أو لا، والأوَّلُ لا يجوزُ قَبولُ هديَّتِه مطلقًا، سواءٌ كان قريبًا أو مهاديًا قبل القضاء، أو لم يكنْ، والثَّاني إمَّا أن يكونَ قريبًا، أو ممَّن جرت له العادةُ بذلك، أو لا، والثَّاني كذلك؛ لأنَّه من جوالبِ(٣) القضاء، وهو حرامٌ يجبُ عليه الاجتنابُ منه، والأوَّلُ يجوزُ قَبولُه إن لم يزدْ مَن له العادةُ عليها، وقيل: إن زاد على العادة بقدْر ما ازدادَ في التَّموُّل: لا بأسَ بقَبوله، كذا

(١) أي: يقبل قدرًا معهودًا من الهديَّة، ولو زاد المهدي على المعتاد يردُّ الزِّيادة؛ لأنَّ إنَّما زاد لأجل القضاء. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٨٣).

(٢) التي ذكرها صاحب «التُّحفة» (مِنهُ).

(٣) في (ح٢): «جواب»، وفي (ح٥): «جوانب»، وفي «العناية»: «لأنَّه أكل بالقضاء فيتحاماه».

إذا لم يَكُن لهُما خُصومَةٌ، ولا يَحضُرُ دَعوةً إلَّا عامَّةً) **العامَّة**[١]: هي التي يتَّخذُها النَّاسُ وإن لم يحضُرِ القاضي.

وعند محمَّدٍ[٢]: الخاصَّةُ إن كانت من قريبه: يُجيبُه كالهديَّة.

في «العناية»(١).

[١] **قولُه**: (العامَّة:... إلخ) وهي اختيارُ السَّرَخسيِّ(٢)، وقيل: هي ما يكونُ فوقَ العشَرة، وما دونَه(٣) خاصَّةٌ، وقيل: دعوةُ العرسِ والخِتانِ عامَّةٌ، وما سواهما خاصَّةٌ.

[٢] **قولُه**: (وعند محمَّدٍ)، وأمَّا عندهما: فلا فصلَ بينَ القريبِ وغيرِه.

لهما في الفرق بينَ الضِّيافةِ والهديَّة، حيثُ جوَّزا قَبولَ هديَّةِ ذي الرَّحمِ المحرَم، ولم يُجوِّزا حضورَ دعوتِه: أنَّ ما قالوا في الضِّيافة محمولٌ على قريبٍ لم يكنْ بينَهما دعوةٌ ولا مهاداةٌ قبل القضاء، وإنَّما أُحدِثَ بعده، وما ذكروا في الهدية محمولٌ على ما إذا كان بينَهما ذلك قبل القضاء صلةً للرَّحم.

فعلى(٤) هذا ينبغي أن يُكتفى ههنا بأن يُقال: ولا يقبلُ هديَّةً إلَّا ممَّن يعتادُ مهاداتَه، فوجهُ إيرادِ لفظِة «أو» لا ينكشفُ(٥) عن غبارٍ.

---

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٧٢)، ولفظها: ((إن زاد على المعتاد عندما ازداد ما لا يقدر ما زاد في المال: لا بأس بقبوله)).

(٢) ينظر: «المبسوط»: (١٦/ ٨١)، حيث قال: ((كلُّ ما يمتنع صاحب الدعوة من إيجاده إذا علم أنَّ القاضي لا يجيبه: فهو الدَّعوة الخاصَّة، وإن كان لا يمتنع من إيجاده: فهو الدَّعوة العامَّة)).

(٣) والضَّمير راجعٌ إلى الفوق كما يُفصح عنه التَّنكير، فيدخل نفس العشرة في الخاصَّة قطعًا كما لا يخفى، هذا ما سنح لهذا الفقير (مِنهُ).

(٤) في (ح٥): «أقول فعلى».

(٥) قوله: «لا ينكشف» في (ح٤): «للكشف».

(ويَشهَدُ الجَنازَةَ، ويَعودُ المَريضَ[١]، ويُسَوِّي بينَ الخَصمَينِ جُلوسًا[٢] وإقبالًا(١)[٣]، ولا يُسارُّ أَحَدَهُما[٤]، ولا يُضَيِّفُه(٢)، ولا يَضحَكُ، ولا يَمزَحُ[٥] معه،

[١] قولُه: (ويَشهَدُ الجَنازَةَ، ويَعودُ المَريضَ(٣))؛ لأنَّ ذلك من حقوق المسلم.

[٢] قولُه: (جُلوسًا) ومعنى التَّسويةِ فيه: أنَّ أحدَهما إن كان سلطانًا يولِّيه القضاء، والآخرُ فقيرًا، أو كان أبًا وابنًا: يجلسانِ في مقابَلة القاضي على الأرض(٤)؛ لأنَّه لو أجلسَهما في جانبٍ واحدٍ: كان أحدُهما أقربَ إليه، ففات التَّسوية، وكذا لو أجلسَ أحدَهما عن يمينه، والآخرَ عن يساره بفضل اليمين.

[٣] وقولُه: (وإقبالًا) أي: توجُّهًا ونظرًا.

[٤] قولُه: (ولا يُسارُّ أَحَدَهُما) أي: يُكلِّمُ القاضي أحدَ الخصمَينِ سرًّا.

[٥] قولُه: (ولا يَمزَحُ) منَ المِزاح - بكسر الميم، وبالزَّاء المعجَمة، والحاءِ المهمَلة - وهو اللَّعب، كذا في «الدُّستور»(٥)، ولا يجوزُ ذلك لا بكلِّ الخُصَماء، ولا بواحدٍ منهم، ولا بغيرهم في مجلس الحكم؛ لإفضائه إلى ذهاب مهابةِ مجلسِ القضاء(٦)، وأمَّا لوِ اتَّخذَ الضِّيافةَ بكلِّهم أجمعين: فلا بأسَ به، كذا فُهِمَ من

(١) أي: إذا حضر المتخاصمان سوى القاضي: بينهما في الجلوس والإقبال؛ لأنَّه إذا لم يسوِّ في ذلك بينهما يصير بالميل، وهو مأمورٌ بالتَّحرُّز عن ذلك بأقصى ما يمكن. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٣٤).

(٢) من الضِّيافة؛ لأنَّ فيه تهمةً له.

(٣) وإذا كان له خصومةٌ مع أحدٍ: لا يجب على القاضي عيادته (مِنهُ).

(٤) لو خاصم رجلٌ السُّلطان إلى القاضي، فجلس السُّلطان مع القاضي في مجلسه، والخصم على الأرض: يقوم القاضي من مكانه، ويجلس الخصم فيه، ويقعد على الأرض، ثمَّ يقضي بينهما كي لا يكون مفضِّلًا أحد الخصمَين على الآخر، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٧٤) (مِنهُ).

(٥) «دستور اللُّغة»: (ص ٥١٥).

(٦) بل ينبغي أن يقيم بين يديه رجلًا يمنع النَّاس عن التَّقدُّم بين يديه في غير وقته، ويمنعهم =

ولا يُشيرُ إليه[١]، ولا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً، وكُرِهَ تلقينُ الشَّاهِدِ بقولِه: «أتَشهَدُ بكذا وكذا؟» واستَحسَنَه أبو يوسُفَ فيما لا تُهمَةَ[٢]) وذلك فيما لا يستفيدُ بتلقينه زيادةَ علمٍ.

ذخيرة العقبى

تقرير «الهداية»(١).

[١] **قولُه**: (ولا يُشيرُ إليه) أي: لا بيده، ولا برأسه، ولا بحاجبَيه؛ لأنَّ فيها وفي التَّلقين وفي الضَّحك في وجه أحدِهما كلِّه: تهمةً يجبُ الاحترازُ عنها.

[٢] **قولُه**: (فيما لا تُهمَةَ)؛ لأنَّ القضاءَ لإحياء حقوقِ النَّاس، وقد يعجِزُ الشَّاهدُ عنِ البيان لمَهابة النَّاسِ مجلسَ القضاء، وأمَّا في موضع التُّهمة، مثلَ إنِ ادَّعى المدَّعي ألفًا وخمسَمئةٍ، والمدَّعى عليه يُنكرُ خمسَمئةٍ، وشهدَ الشَّاهدُ بالألف: فالقاضي إن قال: يحتمِلُ أنَّه أبرأَ خمسَمئةٍ، واستفادَ الشَّاهدُ علمًا بذلك، ووقفَ في شهادته كما وقفَ القاضي: فلا يجوزُ بالاتِّفاق، وتأخيرُ قولِ أبي يوسفَ يُشيرُ إلى اختيار(٢) المصنِّف.

= عن إساءة الأدب، ويقال له: صاحب المجلس والشَّرط والتَّعريف، والجلواز: من الجَلوَزة، وهي المنع، ويكون معه سَوطٌ، يُجلسُ الخصمَين بمقدار ذراعَين من القاضي، ويمنع من رفع الصَّوت في المجلس، كذا في «البيانيَّة» (مِنهُ). لم أقف عليها في «البيانيَّة»، وهي بلفظها في «الأكمليَّة»: (٧/ ٢٧٥).

(١) «الهداية»: (٣/ ١٠٣)، حيث قال: ((ولا يُضَيِّفُ أَحدَ الخَصْمَيْن دونَ خَصْمِه)).

(٢) في (ح٢) و(ح٥): «اختياره».

[فصلٌ في الحَبس]

(ويَحْبِسُ الخَصمَ مُدَّةً رَآها مَصلَحَةً في الصَّحيحِ) إنَّما قال هذا؛ لاختلاف الرِّواياتِ[١] في تعيين مدَّةِ الحبس، والأصحُّ: أنَّ التَّقديرَ مفوَّضٌ إلى رأي القاضي؛ لتفاوُت أحوالِ الأشخاصِ[٢] في ذلك (بطَلَبِ وَليِّ الحَقِّ ذلك إن أمَرَ القاضي المُقِرَّ بالإيفاءِ فامتَنَعَ، أو ثَبَتَ الحَقُّ بالبَيِّنَةِ) أي: إن ثبتَ الحقُّ ببيِّنةٍ، وطلبَ وليُّ الحقِّ الحبسَ: يحبِسُه القاضي من غير احتياجٍ إلى أن يأمُرَ القاضي بإيفاء الحقِّ

[١] قولُه: (لاختلافِ الرِّواياتِ) فقيل في بعضها: شهران، وقيل: ثلاثةُ أشهرٍ، وقيل: شهرٌ، وقيل: أربعةُ أشهرٍ إلى ستَّة أشهرٍ.

[٢] قولُه: (لتفاوُتِ أحوالِ الأشخاصِ)؛ إذ منَ النَّاس مَن يضجرُ في السِّجن في مدَّةٍ قليلةٍ، ومنهم مَن لا تبلغُ ضَجرتُه إلى تلك الدَّرجةِ بمقدار تلك المدَّة، والمالُ غيرُ مقدَّرٍ في حقِّ الحبس، حتَّى يُحبَسُ في الدِّرهم الواحدِ وما دونَه؛ لأنَّ مانعَ كلِّ حقٍّ وإن قلَّ: ظالمٌ، فيُجازى به.

وصفةُ الحبس: أن يكونَ في موضعٍ ليس فيه فِراشٌ، ولا يُخلَّى أحدٌ يدخلُ عليه ليستأنِسَ به، ولا يخرجُ لجمُعةٍ ولا جماعةٍ، ولا لحجِّ فرضٍ، ولا لحضور جنازةٍ ولو أعطى كفيلًا، ولا لمجيء رمضانَ والعيدَين؛ ليضجرَ قلبُه، ويوفِّيَ دَينَه، ولا يخرجُ لموت قريبِه إلَّا إذا لم يوجَدْ مَن يُغسِّلُه ويُكفِّنُه، فيخرجُ حينئذٍ لقرابة الوِلادة(١)، وإن ضعُفَ مريضًا فيه وله خادمٌ: لا يخرج؛ لأنَّه يُشرَعُ ليضجرَ قلبُه، فيتسارعَ إلى قضاء(٢) الدَّين، وبالمرضِ يزدادُ الضَّجر، وإن لم يكنْ له خادمٌ: أخرَجوه؛ لأنَّه ربَّما

(١) وفي روايةٍ: يخرج وإن وُجِدَ من يجهِّزه (مِنهُ).

(٢) في (ح٢): «أداء»، والمثبت موافقٌ لما في «العناية».

فيمتنعَ، وإن ثبتَ بالإقرار: لا بدَّ أن يأمرَه فيمتنعَ؛ إذ في صورة البيِّنةِ ظهرَ مَطْلُه[١] بإنكاره، وفي الإقرار إنَّما يظهرُ المطلُ بأن يمتنعَ مِنَ الإيفاء بعدَ الأمر، فإنَّ الحبسَ جزاءُ المماطَلَة.

ذخيرة العقبى

يموتُ بعدم ما(١) يقومُ بمصالحه، وهو ليس بمستحَقٍّ عليه، ولا يخرجُ للمعالجة؛ لإمكانها فيه.

ولوِ اشتهى الجماعَ: يدخلُ عليه مَن تحلُّ له، فيطأُها حيثُ لا يطَّلعُ عليه أحدٌ؛ لأنَّ شهوةَ الفرجِ كشهوةِ البطن، وقيل: يُمنَعُ منه؛ لأنَّه من فُضول الحوائج، بخلاف الأكلِ والشُّرب، فإنَّ منْعَه يؤدِّي إلى الهلاك، ويُرخَّصُ له تناولُ مالِ الغيرِ حالةَ المَخْمَصَةِ؛ خوفًا منَ الهلاك، وكيف يجوزُ قتلُه لأجلِ الدَّين؟

ولا يُمنَعُ من دخول أهلِه وجيرانِه عليه للتَّدبير في قضاء الدَّين، ولكن يُمنَعونَ من طول المُكثِ عنده، هذا زبدةُ ما في «العناية» و«التَّبيين»(٢).

[١] قولُه: (ظهرَ مَطْلُه) وهو - بفتح الميم، وسكونِ الطَّاءِ المهمَلة -: التَّأخير، كذا في «الصِّحاح»(٣).

ولنا فيه بحثٌ(٤)؛ لأنَّ التَّأخيرَ إلى قيام البيِّنةِ لا يرتقي ظلمًا إلى درجةٍ يجبُ

---

(١) «بعدم ما» في (ح٥): «بعدما».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٧٩)، «وتبيين الحقائق»: (٤/ ١٨٢) وفيه: «وإن مرض مرضًا أضناه» بدل «وإن ضعف مريضًا».

(٣) «الصِّحاح»: (مطل) بمعناه.

(٤) والله يعلم أنَّ هذا البحث قد سنح لي في أثناء المطالعة، ولم أكتبه، ولكن عرضته على الأصحاب في الدَّرس، ثمَّ صادفت في «التَّبيين»: (٤/ ١٨٠) كلامًا يفهَم منه ذلك، فقلت: الحمد لله الذي جعل رأيي موافقًا لرأي العلماء (مِنهُ).

(فيما لَزِمَهُ[١] بعَقدٍ؛ كمَهرٍ وكَفالَةٍ) المرادُ: المهرُ المعجَّلُ[٢] (وبَدَلًا عن مالٍ حَصَلَ لهُ؛ كثَمَنِ مَبيعٍ، وفي نَفَقَةِ عِرسِهِ[٣] ووَلَدِهِ(١)، لا في دَينِهِ) أي: لا يُحبَسُ في

ذخيرة العقبى

حبسُه قبل أن يُعرَفَ إباؤُه بعد الحكم كما يُفهَمُ من عبارات أكثرِ المعتبَرات؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ إنكارُه حقًّا واقعًا، وقيامُ البيِّنةِ مبنيًّا على التَّزوير، وأن يكونَ إنكارُه لنسيانه دَينَه، ولو سُلِّمَ كونُه عنادًا أو كذبًا محضًا: فالصَّوابُ أن لا يُعجِّلَ حبسَه قبل أن يُبيِّنَ حالَه بالأمر بالإيفاء والمطالَبةِ بمجرَّدِ طلبِ المدَّعي ذلك؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ قصْدَه الانتقامَ منه بإهراق دمِه بناءً على أنَّ عرَضَ كلِّ صاحبِ عرَضٍ كدَمِه، والحبسُ ليس بموضوعٍ لذلك؛ بل للزَّجر والتَّعييرِ(٢) لمَن أبى عن إيفاء الحقِّ الثَّابتِ شرعًا بعد الأمر به، والظَّاهرُ من حال المحكومِ عليه بحقٍّ شرعًا: الإيفاءُ وعدمُ الإباء، فالظَّاهرُ أن يُشترَطَ في الحبس الإباءُ بعد الأمر والمطالبةِ بلا فصلٍ بينَ الإقرارِ والبيِّنةِ كما ساعدتْ به عبارةُ صاحب «الكافي» فيه وفي «الكنز» و«الوافي»(٣).

[١] قولُه: (فيما لَزِمَهُ) أي: يُحبَسُ في كلِّ دَينٍ لزمَه.

[٢] وقولُه(٤): (المعجَّلُ) أي: دونَ مؤجَّلِه؛ لأنَّ العادةَ جرَت بتسليم المعجَّل، فكان إقدامُه على النِّكاح دليلًا على قدرته عليه.

[٣] قولُه: (وفي نَفَقَةِ عِرسِه) وهو - بكسر العينِ المهمَلة -: امرأةُ الرَّجل، كذا في «الصِّحاح»(٥).

---

(١) أي: يحبس في نفقة ولده.
(٢) في (ح٢) و(ح٣): «والتَّغيير»، وفي (ح٥): «والتَّعيُّر».
(٣) «الكافي»: (٧/ ١١٩)، و«كنز الدَّقائق»: (ص ٤٦١).
(٤) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(وفي نفقة عرسه)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.
(٥) «الصِّحاح»: (عرس).

دَين الولد[١] (وفي غيرِها[٢]: لا) نحوَ(١): الدِّياتِ وأرشِ الجِنايات.

(إنِ ادَّعى فَقرَهُ، إلَّا إذا قامَت بَيِّنَةٌ[٣] بضِدِّهِ).

[١] قولُه: (أي: لا يُحبسُ في دَينِ الولدِ) أي: لا يُحبَسُ الأبُ في الدَّين الذي ثبت للولد عليه، وكذا الحالُ في كلِّ أصلٍ منَ الأجداد والجدَّات؛ لأنَّ الحبسَ نوعُ عقوبةٍ، وهم لا يستحقُّونَها بسبب ولدِهم، حتَّى لا يجبُ عليهمُ القِصاصُ بقتله ولا بقتل مورِّثه، ولا الحدُّ بقذفه ولا بقذف أمِّه الميِّتةِ وإن طلبَها؛ لوجوب احترامِهم، قال اللهُ تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ﴾ [الإسراء: ٢٤]، بخلاف الحبسِ للنَّفقة؛ لأنَّه قصدَ إهلاكَه بمنعها عنه، فيُحبَسُ لدفع الهلاكِ عنه(٢)، ألا يُرى أنَّ له أن يدفعَه بقتله إذا شهرَ عليه السَّيفَ ولم يتيسَّرْ له الدَّفعُ إلَّا بقتله؟ هذا زبدةُ ما في «العناية» و«التَّبيين»(٣)(٤).

[٢] وقولُه(٥): (وفي غيرِها) أي: غيرِ ما ذُكِرَ منَ الدُّيون.

[٣] قولُه: (إلَّا إذا قامَت بَيِّنَةٌ) أي: للمدَّعي بضدِّه؛ أي: بالغِناء، فحينئذٍ يحبسُه،

(١) قوله: «نحو» في (ش٢): «أي لا يجب في»، وفي (ش٤): «لا يجوز الحبس في غيرها».

(٢) ولأنَّ النَّفقة تسقط بمضي الزَّمان، فلا يمكن تداركها، وسائر الدُّيون لم تسقط به، فافترقا، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٨٤) (مِنهُ).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٨٤)، و«تبيين الحقائق»: (٤/ ١٨٢).

(٤) قال مفتي الثَّقلين: ((وردَّ البيِّنة على إفلاسه قبل حبسه))؛ لأنَّها بيِّنةٌ على النَّفي، فلم تُقبَل ما لم تتأيَّد بمؤيِّدٍ، وهو الحبس، وبعده تُقبَل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب، وإذا أقام المدَّعي البيِّنة على اليسار، وأقام المدَّعى عليه على الإعسار: كانت بيِّنة اليسار أولى؛ لأنَّ اليسار عارضٌ؛ لأنَّ الإنسان وُلِدَ فقيرًا، والبيِّنة للإثبات، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ١٨١) (مِنهُ). ينظر «الكافي»: (٧/ ١٢١)، و«كنز الدَّقائق»: (ص ٤٦١).

(٥) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(أي: لا يحبس في دين الولد)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

....

ثمَّ بعدما يحبسُه قدْرَ ما يراه يسألُ عنه، فإن قامَت بيِّنةٌ على إعساره: أخرجَه منَ الحبس، وليس هذا شهادةً على النَّفي؛ لأنَّ الإعسارَ بعد اليسار أمرٌ حادثٌ، فتكونُ الشَّهادةُ بأمرٍ حادثٍ لا بالنَّفي، وإنِ استحلفَ المطلوبُ الطَّالبَ أنَّه لا يعرفُ أنَّه معدومٌ[١]: حلَّفَه القاضي، فإن نكلَ: أطلقَه، وإن حلفَ: أبَّدَ الحبس[٢].

---

(١) في (ح٣): «معسرٌ».

(٢) ولا يحتاج إلى لفظة الشَّهادة والعدد، والواحد يكفي، والاثنان أحوط إذا لم يكن حالَ منازعةٍ، أمَّا إذا كانت؛ كما إذا ادَّعى المطلوب الإعسار، والطَّالب اليسار: فلا بدَّ من إقامة البيِّنة، فإن شهدا أنَّه معسِرٌ: خلَّى سبيله، كذا في «العناية»: (٧/ ٢٨٢) (مِنهُ).

[فصلٌ في كتاب القاضي إلى القاضي]

ثمَّ شرعَ بعدَ ذلك فيما يفعلُه القاضي إذا كان الخصمُ حاضرًا، أو لم يكن، فقال:

(فإن شَهِدوا على خَصمٍ حاضِرٍ[١]: حَكَمَ بها، وكَتَبَ به، وهو السِّجِلُّ[٢]) أي: حكمَ بالشَّهادة، وكتبَ بالحكم، وهذا المكتوبُ هو السِّجلُّ، فيكتُب: حكمتُ بذلك، أو ثبتَ عندي، فإنَّ هذا حُكمٌ[٣].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (على خَصمٍ حاضِرٍ) قيل: تنكيرُ الخصمِ يُشيرُ إلى أنَّه ليس المرادُ منه: المدَّعى عليه؛ إذ لو كان إيَّاه: لَما احتيجَ إلى كتابٍ من قاضٍ إلى آخر(١)، ولا بدَّ منه؛ لئلَّا يقعَ القضاءُ على الغائب، فالمرادُ به: كلُّ مَن يُمكنُ أن يكونَ خصمًا(٢).

[٢] قولُه: (هو السِّجِلُّ) سياقُ هذا الكلامِ يوهمُ انحصارَ إطلاقِ السِّجلِّ على مكتوبٍ ثبتَ حكمُه بشهادة الشُّهود، معَ أنَّه لو ثبتَ الحكمُ بالإقرار، وكُتِبَ بالحكم: فذلك أيضًا سِجلٌّ، فالوجهُ هو التَّعميم(٣).

[٣] قولُه: (فإنَّ هذا حُكمٌ)؛ لأنَّ السِّجلَّ لا يكونُ إلَّا بعد الحكم.

---

(١) لأنَّ حكم القاضي قديمٌ، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٣٨٢) (مِنهُ).

(٢) ويحتمل أن يكون الخصم هو المدَّعى عليه، وأن يكون مراده: بيانَ أنَّ هذا الكتاب هو المدعوُّ سجلًّا، لا أنَّه يكتب إلى قاضٍ آخر، أو كان المدَّعى به مبيعًا، فأراد المدَّعى عليه الرُّجوع على بائعه وهو في بلدةٍ أخرى، فطلب من القاضي أن يكتب بحكمه إلى قاضي تلك البلدة، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٣٨٢) (مِنهُ).

(٣) سواءٌ كان هو الوكيل عن الغائب، أو المسخَّر الذي جُعِلَ وكيلًا لإثبات الحقِّ عليه إن لم يكن هو وكيلًا عنه في الحقيقة، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٣٨٢) (مِنهُ).

(وإن شَهِدوا على غائبٍ: لم يَحكُم[١]، وحَكَمَ(١) بالشَّهادَةِ ليَحكُمَ المَكتوبُ إليه، وهو الكِتابُ الحُكميُّ[٢]، وكِتابُ القاضي إلى القاضي، وهو(٢) نَقلُ الشَّهادَةِ حَقيقَةً، ويُقبَلُ[٣] فيما لا يَسقُطُ بشُبهَةٍ) أي: فيما سوى الحدود والقصاص (إذا شُهِدَ بهِ[٤] عندَهُ؛ كالدَّينِ[٥]، والعَقارِ، والنِّكاحِ، والنَّسَبِ، والمَغصوبِ، والأمانَةِ والمُضارَبَةِ المَجحودَتَينِ) فإنَّ الأمانةَ ومالَ المضارَبةِ إذا لم يُجحَدا: لا يحتاجُ إلى كتاب القاضي[٦]، وإذا جُحِدا: صارا مغصوبَين، وفي المغصوب تجبُ

---

[١] وقولُه: (لم يَحكُم) لأنَّه قضاءٌ على الغائب، وهو عندنا لا يجوز.

[٢] وقولُه: (وهو الكِتابُ الحُكميُّ)، والفرقُ بينَه وبينَ السِّجلِّ أنَّ السِّجلَّ إذا وصلَ إلى المكتوب إليه: ليس له إلَّا التَّنفيذ، وافقَ رأيَه أو خالفَه؛ لاتِّصال الحكمِ به، وأمَّا الثَّاني: فإن وافقَه: نفَّذَه، وإلَّا: فلا؛ لعدم اتِّصالِ الحكمِ به، وقد يُشيرُ إلى ذلك قولُه: «وهو نقلُ الشَّهادة».

[٣] قولُه: (ويُقبَلُ) أي: الكتابُ الحكميُّ.

[٤] قولُه: (إذا شُهِدَ بهِ) على بناء المفعول، والضَّميرُ في «به» يرجعُ إلى كتاب القاضي، وفي «عنده» إلى القاضي المكتوبِ إليه.

[٥] قولُه: (كالدَّين... إلخ) مثالٌ لما لا يسقطُ بشبهةٍ، وأمَّا قَبولُه في العقار: فلأنَّ التَّعريفَ فيه بالتَّحديد، وذلك لا يحتاجُ إلى الإشارة.

[٦] قولُه: (لا يحتاجُ إلى كتابِ القاضي)؛ لأنَّهما إذا لم يجحدا: يكونانِ من جملة الأعيانِ المنقولة، ولا يُقبَلُ كتابُ القاضي فيها.

---

(١) في (م١) و(م٢): «وكَتَبَ»، وفي (م١) «الشَّهادة» بدل «بالشَّهادة».

(٢) أي: ما كتبه القاضي.

القيمة، وهي دَينٌ، فيجري فيه الكتابُ الحكميُّ؛ إذ لا احتياجَ[١] إلى الإشارة، بل يُعرَفُ بالصِّفة، بخلاف العينِ المنقولة، فإنَّه يُحتاجُ فيها إلى الإشارة، وهذا عند أبي حنيفة، وكذا عند أبي يوسُفَ إلَّا في العبد الآبق، فيُقبَلُ فيه[٢].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (إذ لا احتياجَ... إلخ) فيه إشارةٌ إلى أمورٍ ثلاثةٍ:

أحدُها: أنَّ جوازَ الكتابِ الحكميِّ في الدُّيون؛ لأنَّها يُمكنُ تعريفُها بالوصف مستغنيةً عنِ الإشارة إليها.

وثانيها: أنَّ ما يحتاجُ إلى الإشارة لا يجوزُ فيه ذلك الكتاب.

وثالثُها: أنَّ الأمورَ المذكورةَ بمنزلة الدَّينِ لا يُحتاجُ فيها إلى الإشارة.

فإن قيل: دعوى النِّكاحِ منها، ويحتاجُ الشَّاهدُ فيها إلى إشارة الزَّوجَين، وكذا في البواقي.

قلنا: إنَّ الإشارةَ إلى الخصم شرطٌ فيما ذكرت، وهو ليس بمدَّعًى به؛ بلِ المدَّعى به ههنا إنَّما هو نفسُ النِّكاحِ والأمانةِ وغيرِ ذلك ممَّا هو منَ الأفعال، ألا يُرى أنَّ الإشارةَ إلى الدَّائن والمديونِ لا بدَّ منهما عند دعوى الدَّين؟ وليس ذلك بمانعٍ بالإجماع، كذا في «العناية»(١).

[٢] **قولُه**: (فيُقبَلُ فيه(٢)) أي: دونَ الأمَة؛ لغلبة الإباقِ في العبد دونَها، فإنَّ العبدَ يخدمُ خارجَ البيتِ غالبًا، فيقدِرُ على الإباق، فتمسُّ الحاجةُ فيه إلى الكتاب، بخلاف

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٨٧)، وفيها: «الإشارة إلى الرَّجل والمرأة» بدل «إشارة الزَّوجين».

(٢) أي: في العبد (مِنهُ).

وقد ذُكِرَ في كيفيَّته هكذا: يكتبُ قاضي بُخارى إلى قاضي سمَرقَندَ: إنَّ فلانًا وفلانًا شهِدا عندي أنَّ عبدَ فلانٍ المسمَّى بالمبارَك الذي حِليتُه كذا وكذا: أبَقَ من مالكه، ووقعَ في سمرقَندَ في يد فلانٍ، إلى آخِر الكتاب، ويختِمُه، فإذا وصلَ إلى قاضي سمَرقندَ: يُحضَرُ الخصمَ مع العبد، ويفتَحُه بشرائطه، فإن لم تكن حِليتُه كما كتبَ: يترُكُه، وإن كانَ: فالخصمُ إن ذهبَ إلى بُخارى: فبها، وإلَّا: يُسلِّمُ العبدَ إلى المدَّعي لا على وجه القضاء، ويأخُذُ منه كفيلًا بنفس العبد، ويجعلُ في عنُقه شيئًا، ويختِمُه صيانةً عنِ التَّبديل[١] عند شهادة الشُّهود، ويكتُبُ إلى قاضي بُخارى جوابَ كتابِه، وأنَّه أرسلَ إليه العبد.

فإذا وصلَ إليه الكتابُ: يُحضِرُ الشُّهودَ الذين شهِدوا في غَيبة العبد ليشهدوا في حضوره، ويُشيرُ إليه أنَّه مِلكُ المدَّعي، لكن لا يحكُم؛ لأنَّ الخصمَ[٢] غائبٌ،

الأمَة، فإنَّها تخدمُ داخلَ البيتِ غالبًا، وعنِ الثَّاني: أنَّه يُقبَلُ فيهما، ولا فرقَ في كيفيَّة كتابِهما سوى أنْ ليس للقاضي أن يُسلِّمَ الأمَةَ إلى المدَّعي، ولكنَّه يبعثُ على يد أمينٍ؛ لئلَّا يطأَها قبل القضاء بالمِلك زاعمًا أنَّها مِلكُه.

[١] **قولُه**: (صيانةً عنِ التَّبديل) وتنزيهًا لذي(١) المدَّعى عن تهمة السَّرقة.

[٢] **قولُه**: (لكن لا يُحكَم؛ لأنَّ الخصمَ... إلخ) **أقول**: هذا على روايةٍ عن أبي يوسفَ مخالفًا لما عليه الجمهور؛ لأنَّ المختارَ عندهم: أن يحكمَ قاضي بُخارى مستغنيًا عن مكتوبٍ ثالثٍ كما يُفصِحُ عنه لفظُ الأكمل(٢).

---

(١) في أغلب النُّسخ: «لزيل»، أو «لزيد».

(٢) حيث قال: (٧/ ٢٨٨): ((فإذا وصل إلى قاضي بخارى، وشهدا بالكتاب وختمه: أمر المدَّعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنَّه حقُّه وملكه، فإذا شهدوا بذلك: =

ثمَّ يكتبُ إلى قاضي سمَرقَندَ أنَّ الشُّهودَ شهِدوا بحضوره؛ ليحكُمَ قاضي سمَرقَندَ على الخصم، ويبرأ الكفيلُ عن كفالته.

(وعن مُحَمَّدٍ[١]: قَبولُهُ فيما يَنتَقِلُ(١)، وعليهِ المُتَأخِّرونَ، لا في حَدٍّ وقَوَدٍ(٢)[٢]).

(ويَجِبُ أن يَقرَأَ(٣) على مَن يُشهِدُهُم، ويَختِمَ عندَهُم، ويُسَلِّمَ إليهِم.

وأبو يوسُفَ لم يَشتَرِط شَيئًا مِن ذلك، واختارَ الإمامُ السَّرَخسيُّ قَولَهُ(٤)) فعند أبي يوسُفَ[٣]: يُشهدُهم أنَّ هذا كتابُه وختمُه.

---

[١] **قولُه**: (وعن مُحَمَّدٍ) ورُوِيَ عنِ الثَّاني في «النَّوادر» أنَّه قال: يجوزُ في جميع العروض، وعنِ ابن أبي ليلى أنَّه يُقبَلُ في المنقول وغيرِه، والفتوى على هذا؛ لتعامل النَّاس، كذا في «البيانيَّة»(٥).

[٢] **قولُه**: (لا في حَدٍّ وقَوَدٍ)؛ لأنَّ في كتاب القاضي شبهةَ التَّزوير؛ لأنَّ الخطَّ قد يُشبهُ الخطَّ، وهما يسقطانِ بالشُّبهات، كذا في «البيانيَّة»(٦).

[٣] **قولُه**: (فعند أبي يوسف) تفريعٌ على قول المصنِّفِ: «لم يشترِطْ»؛ لأنَّ

= قضى لها بالعبد، وكتب إلى القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيله))، انتهى (مِنهُ).

(١) في (م١) و(م٢): «ينقل».

(٢) أي: في الحدود والقصاص، فلا يقبل فيهما؛ لأنَّ مبناهما على الإسقاط بأدنى شبهةٍ، وفي قبوله سعيٌ في إثباتهما. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٥٢).

(٣) أي: القاضي كاتب الكتاب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٨٩).

(٤) أي: قول أبي يوسف.

(٥) «غاية البيان»: (١١/ ٩٩) نقلًا عن «النَّوادر» و«شرح الطَّحاويِّ».

(٦) «غاية البيان»: (١١/ ١٠٦) نقلًا عن «شرح الأقطع».

وعن أبي يوسُف[١]: الختمُ ليس بشرطٍ.

أقول: إذا كان الكتابُ في يد المدَّعي: يُفتى بأنَّ الختمَ شرطٌ، وإن كان في يد الشُّهود: يُفتى بأنَّه ليس بشرطٍ.

(وإذا سُلِّمَ[٢] إلى المَكتوبِ إليه: لم يَقبَلْهُ إلَّا بحَضرَةِ خَصمِهِ(١) وبشَهادَةِ الرَّجُلَينِ(٢)، أو رَجُلٍ وامرَأتَينِ، فإذا شَهِدوا أنَّهُ كِتابُ قاضي فُلانٍ، قَرَأهُ علينا في مَحكَمَتِهِ، وخَتَمَهُ وسَلَّمَهُ إلينا: فَتَحَ القاضي[٣]، وقَرَأَ على الخَصمِ، وألزَمَهُ ما فيهِ إن

ذخيرة العقبى

الإشهادَ على أنَّه كتابُه وختمُه ليس شيئًا منَ المذكورات كما لا يخفى.

[١] وقولُه: (وعن أبي يوسف) روايةٌ عنه نفيًا لاشتراط أصلِ الختم فضلًا عنِ الإشهاد عليه؛ تسهيلًا في ذلك لمَّا(٣) ابتُلِيَ بالقضاء، فنقول: يكفيه حينئذٍ أن يقول: «وعنه» بدلَه كما هو الظَّاهر.

[٢] قولُه: (وإذا سُلِّمَ) أي: عُرِضَ عليه مسلَّمًا عن عوائق قبضِه: لا يقبلُه؛ أي: لا يأخذُه ولا يقبِضُه.

[٣] قولُه: (فَتَحَ القاضي) ولعلَّ الأصحَّ ما قاله محمَّدٌ من تجويز الفتحِ عند شهادةِ الشُّهودِ بالكتاب والختمِ من غيرِ تعرُّضٍ لعدالة الشُّهود، كذا في «العناية»(٤).

---

(١) أي: لا يأخذ القاضي الكتاب إلَّا وقت حضور الخصم؛ لأنَّه لإلزامه. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٥٤).

(٢) في (م١) و(م٢): «رجلَين».

(٣) في (ح٥): «حين».

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٩٤).

بَقِيَ كاتِبُهُ قاضيًا، فيَبطُلُ بمَوتِهِ(١) وعَزلِهِ[١] قبلَ وُصولِهِ[٢]، وكذا بمَوتِ المَكتوبِ إليهِ(٢)، إلَّا إذا كَتَبَ بعدَ اسمِهِ(٣): وإلى كُلِّ مَن يَصِلُ إليهِ مِن قُضاةِ المُسلِمينَ) وعند أبي يوسُف: لا يُشترَطُ أن يكتُبَ إلى قاضٍ معيَّنٍ، بل يكفي أن يكتُبَ ابتداءً: إلى كلِّ مَن يصِلُ إليه من قضاة المسلمين؛ لأنَّ تعيينَ المكتوبِ إليه تضييقٌ لا فائدةَ فيه (وإن ماتَ الخَصمُ(٤): يَنفُذُ القاضي(٥) على وارِثِهِ(٦)).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وعَزلِهِ) وكذا بخروجه عن أهليَّة القضاءِ بجنونٍ، أو إغماءٍ، أو فسقٍ(٧).

[٢] **قولُه**: (قبل وُصولِه) أو بعده قبل القراءة.

---

(١) أي: بموت الكاتب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٩١).

(٢) أي: يبطل الكتاب بموت القاضي. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٥٧).

(٣) أي: اسم المكتوب إليه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٩١).

(٤) وهو المدَّعي. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٩١).

(٥) «القاضي»: سقط من (ش٤) و(م١) و(م٢)، وفي (ش٣): «قاضٍ»، وفي (ش٥): «الحكم»، وأثبتها ابن كمال في «إصلاحه».

(٦) أي: لا يبطل الكتاب بموت الخصم، بل ينفذ على وارثه؛ لأنَّه قائمٌ مقامه. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٥٨).

(٧) إذا تولَّى وهو عدلٌ ثمَّ فسق (مِنهُ).

[فصلٌ في قضاءِ المَرأةِ والاستخلافِ بالقضاء]

(وصَحَّ قَضاءُ المَرأةِ إلَّا في حَدٍّ وقَوَدٍ)؛ لأنَّ شهادتَها لا تُقبَلُ فيهما[١].

(ولا يَستَخلِفُ قاضٍ(١)[٢].

ولا يوَكِّلُ[٣] وَكيلٌ إلَّا مَن فوِّضَ إليهِ ذلك، ففي المُفَوَّضِ: نائبُهُ لا يَنعَزِلُ بعَزلِهِ[٤] وبمَوتِهِ(٢) موَكِّلًا، بل هو نائبُ الأصيلِ) إنَّما قال: «موكِّلًا»؛ لأنَّ في الوكالة ينعزلُ الوكيلُ بموت الموكِّل، فأراد أن يُصرِّحَ أنَّ الوكيلَ ههنا لا ينعزلُ بموت موكِّلِه؛ لأنَّه في الحقيقة ليس نائبَه، بل هو نائبُ الأصيل.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا تُقبَلُ فيهما)؛ لأنَّ حكمَ القضاءِ يُستَقى من حكم الشَّهادة.

[٢] قولُه: (لا يَستَخلِفُ قاضٍ) وإذا قال الخليفةُ لرجلٍ: «جعلتُكَ قاضيَ القضاة»: كان إذنًا بالاستخلاف والعزلِ دلالةً؛ لأنَّ قاضيَ القضاةِ هو الذي يتصرَّفُ في القضاء تقليدًا أو عزلًا، كذا في «العناية»(٣).

[٣] قولُه: (ولا يوَكِّلُ) أقول: إنَّ إيرادَ مسألةِ توكيلِ الوكيلِ ههنا إنَّما وقعَ على سبيل التَّبعِ والتَّشبيهِ لاستخلاف القاضي، يؤيِّدُه قولُ صاحبِ «الهداية»(٤): ((فصارَ كتوكيل الوكيل)).

[٤] قولُه: (لا يَنعَزِلُ بعَزلِهِ) أي: لا ينعزلُ نائبُ القاضي ولا وكيلُ الوكيلِ بانعزالهما ولا بموتهما، مَنوبًا وموكِّلًا، وكذا لا يملكانِ عزلَهما إلَّا إذا فُوِّضَ إليهما

---

(١) في (ش٣) زيادة: «آخر».

(٢) في (م١) و(م٢): «وموته».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٠٠) عن «الذَّخيرة».

(٤) «الهداية»: (٣/ ١٠٦).

وأمَّا في القضاء[١]: فإنَّ النَّائبَ لا ينعزِلُ بموت المَنوب، فخصَّ الموكِّلَ بالذِّكر؛ لأنَّ الاشتباهَ فيه، ولا شبهةَ في باب القضاء، فلم يُذكَر.

ثمَّ قال: «بل هو نائبُ الأصيلِ»؛ ففي التَّوكيل: ينعزلُ بموت الأصيل، وفي القضاء: لا ينعزل.

(وفي غيرِهِ: إن فَعَلَ نائبُهُ عندَهُ وأجازَ(١) هو، أو كانَ قَدَّرَ الثَّمَنَ في الوَكالَةِ: صَحَّ) أي: في غير المفوَّض؛ يعني: إذا لم يُفوَّض إلى القاضي والوكيلِ أن يستخلِفَ الغير، فاستخلَفا، ففعلَ النَّائبُ بحضور المَنوب: صحَّ؛ لأنَّه إذا فعل بحضوره: ففعلُه ينتقلُ إليه، وكذا إن فعل بغَيبته، فوصلَ الخبرُ إلى المَنوب فأجاز؛

ذلك أيضًا، بأن قال السُّلطانُ أوِ الأصيلُ لهما: «فاستبدلْ مَن شئتَ» بعد تفويض النَّصبِ إليهما، كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»(٢).

[١] **قولُه:** (وأمَّا في القضاء... إلخ) **لا يُقال:** إن كان المرادُ بقوله: «لا ينعزلُ بموت المَنوب»: أنَّ الأمرَ في القضاء كذلك قبل التَّفويض: فبطلانُه بيِّنٌ؛ لأنَّ جوازَ نفسِ الاستخلافِ منوطٌ إليه(٣)، والانعزالُ فرعُه، أو بعده: فالأمرُ في الوكالة أيضًا كذلك، فلا يظهرُ وجهُ التَّخصيص، والشَّارحُ بصدد إظهارِه.

لأنَّا نقول: لعلَّ المرادَ أنَّ اشتهارَ انعزالِ الوكيل بموت موكِّلِه يبلغُ إلى منزله؛ لجواز أن يُتوهَّمَ كونُ الوكيلِ الثَّاني منعزلًا بموت الأوَّلِ حالَ كونِ الأصيلِ حيًّا بعد تفويض الأمرِ إليه، وليس القضاءُ كذلك؛ لأنَّ الرَّاسخَ في الأذهان فيه عدمُ انعزالِ

---

(١) في (م١) و(م٢): «أو أجاز».
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٢٩٩).
(٣) في (ح٣): «منوطٌ به»، وسقط من (ح٢).

لأنَّه إذا انضمَّ رأيُه إلى ذلك الفعل: صار كأنَّه فعلَ، وكذا إن قدَّرَ الموكِّلُ(1) الأوَّلُ الثَّمن، فباشَرَ وكيلُه؛ إذ بتقدير الثَّمنِ حصلَ رأيُه.

(وبـ: «اعمَل برَأيِكَ»: يوَكِّلُ) أي: إذا قال الموكِّلُ للوكيل: «اعمَل برأيك»: كان للوكيل أن يوكِّلَ غيرَه.

(ويُمضي حُكمَ قاضٍ آخَرَ في مُختَلَفٍ فيهِ[1] في الصَّدرِ الأوَّلِ(2)، إلَّا ما خالَفَ الكِتابَ[2]، أوِ السُّنَّةَ المَشهورَةَ، أوِ الإجماعَ) أي: إذا قضى القاضي ورُفِعَ

النَّائبِ بموت المَنوبِ الذي هو القاضي؛ بل بموت الخليفةِ أيضًا، بخلاف الوكيلِ الأوَّلِ ووكيلِه، فإنَّهما ينعزلانِ بموت الأصيلِ وإن لم ينعزلِ الثَّاني بموت الأوَّل؛ لأنَّه ليس بوكيله حقيقةً، وبالجملة كلُّ وكيلٍ ينعزلُ بموت أصيلِه الحقيقيِّ، وليس أحدٌ منَ القضاة ونوَّابِهم ينعزلُ بموت مَن يولِّيه، والسِّرُّ في ذلك أنَّ القضاةَ يُنصَّبونَ لمصالحِ عامَّةِ الخلائق، فلا وجهَ لانعزالهم بموت شخصٍ واحدٍ، بخلاف الوكيل، فإنَّه يُفوَّضُ إليه مصلحةُ شخصٍ واحدٍ، فينعزلُ بموته، كذا سمعتُه من شيخي، ثمَّ وجدتُه بعينه في كلمات الكَمَلَة(3).

[1] قولُه: (في مُختَلَفٍ فيهِ) أي: في مجتهَدٍ فيه.

[2] وقولُه: (إلا ما خالَفَ [الكِتابَ](4)... إلخ) شروعٌ في بيان المجتهَدِ فيه بعد

---

(1) في (ش٤) و(ش٥): «الوكيل».

(2) قيل: هو زمان الصَّحابة أو التَّابعين، وقيل المراد ما يعمُّ من الصَّحابة والفقهاء المجتهدين، رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، في الأصحِّ. «مجمع الأنهر»: (2/ 169).

(3) وقد أفصح عنه قول «الأكمل»: (7/ 305) لمَّا ذكر أنَّ حكم الحاكم في محلِّ مجتهَدٍ فيه: ماضٍ، أراد أن يبيِّنه فقال: ((ثمَّ المجتهَد فيه ما لا يكون مخالفًا لما ذكرنا)) (مِنهُ).

(4) المراد من مخالفة الكتاب: مخالفة نصِّ الكتاب الذي لم يختلف السَّلف في تأويله؛ =

حكمُه إلى قاضٍ آخَر: يجبُ عليه إمضاؤه، إلَّا أن يكون:

١ - **مخالفًا للكتاب**(١)؛ كمتروك التَّسميةِ[١] عامدًا، فإنَّه مُخالفٌ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١].

٢ - **أو للسُّنَّة المشهورة**؛ كالقضاء بحِلِّ المطلَّقةِ ثلاثًا بنكاح الزَّوجِ الثَّاني بلا وَطءٍ على مذهب سعيدِ بنِ المسيِّب، فإنَّه مخالفٌ للسُّنَّة المشهورة، وهي قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا، حتَّى تذوقي من عَسيلتِه...**» الحديثَ(٢).

الحكم بوجوب الإمضاء، فإذا حكمَ حاكمٌ بخلافِ واحدٍ من هذه الثَّلاثة، فرُفِعَ إلى آخرَ: لم يُنفذْه؛ بل يُبطلُه، حتَّى لو نفذَه ثمَّ رُفِعَ إلى قاضٍ ثالثٍ: نُقِض؛ لأنَّه باطلٌ وضلالٌ، والباطلُ لا يُعتمَدُ عليه، بخلاف المجتهَدِ فيه، فإنَّه إذا رُفِعَ إلى الثَّاني: نفذَه كما في الكتاب، فإن نقضَه فرُفِعَ إلى ثالثٍ: فإنَّه يُنفِذُ القضاءَ الأوَّل، ويُبطلُ الثَّاني؛ لأنَّ الأوَّلَ كان في محلِّ الاجتهاد، وهو نافذٌ بالإجماع، والثَّانيَ مخالفٌ للإجماع، وهو باطلٌ لا ينفُذ، كذا في «العناية»(٣).

[١] **قولُه**: (كمتروكِ التَّسميةِ) فيه نوعُ مسامحةٍ تندفعُ بتقرير نظمِ الكلامِ هكذا؛

= كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، فإنَّ السَّلف اتَّفقوا على عدم جواز تزويج امرأة الأب، وجاريةٍ وطئها الأب، فلو حكم بجواز ذلك: يجب على مَن رفع إليه نقضُه (مِنهُ).

(١) في (ش٣) زيادة: «كالقضاء بجواز بيع المتروك».

(٢) وهو ما أخرجه البخاريُّ: (٢٦٣٩) ومسلمٌ: (١١١) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: جاءت امرأة رفاعة القرظيِّ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: كنت عند رفاعة، فطلَّقني، فأبتَّ طلاقي، فتزوَّجت عبد الرَّحمن بن الزُّبير، إنَّما معه مثل هدبة الثَّوب، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتَّى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٠٥).

٣- أو للإجماع؛ كالقضاء بحِلِّ مُتعةِ النِّساء[١]؛ لأنَّ الصَّحابةَ قدِ(١) اجتمَعوا على فساده.

فحاصلُ هذا: أنَّ القاضيَ إذا قضى في مجتهَدٍ فيه: يصيرُ مجمَعًا عليه، فيجبُ على قاضٍ آخرَ تنفيذُه، وهذا إذا حكَمَ على وَفق مذهبِه، أمَّا إذا حكَمَ على خلاف مذهبِه: فسيأتي[٢]، ويجبُ أن يعلَمَ القاضي أنَّ المسألةَ مختلَفٌ فيها، وأيضًا هذا إذا كان محلُّ القضاءِ مختلَفًا فيه، أمَّا إذا كان نفسُ القضاءِ مختلَفًا فيه؛ كالقضاء على الغائب: فإنَّه لا يصيرُ مجمَعًا عليه، إلاَّ أن يُرفَعَ قضاؤه على قاضٍ آخَر، فيُمضيَه، فحينَئذٍ يصيرُ مجمَعًا عليه، فبعدَ الإمضاء: إن رُفِعَ إلى قاضٍ آخَر: يجبُ عليه تنفيذُه.

(وفيما اجتَمَعَ عليه الجُمهورُ: لا يُعتبَرُ خِلافُ البَعضِ) ذُكِرَ في أصول الفقه: أنَّ العلماءَ اختلَفوا في أنَّ الإجماعَ هل ينفُذُ(٢) باتِّفاق أكثرِ المجتهدينَ؟ أو لا بدَّ منَ اتِّفاق الكلِّ؟

أي: كالقضاءِ بحِلِّ متروكِ التَّسميةِ عمدًا.

[١] قولُه: (كالقضاءِ بحِلِّ مُتعةِ النِّساء) صورةُ نكاحِ المتعة: أن يقولَ الرَّجلُ لمَن خطبَها: «أتمتَّعُ بكِ سنةً بألفٍ»، كما سبقَ في كتاب النِّكاحِ قُبيلَ بابِ الوليِّ(٣).

[٢] قولُه: (فسيأتي) إشارةٌ إلى قول المصنِّفِ: «والقضاءُ في المجتهَد... إلخ»(٤).

---

(١) «قد»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).
(٢) في (ش٢) و(ش٣): «ينعقد».
(٣) ينظر: (٢/ ٥٨١).
(٤) ينظر: (٤/ ٣٣٦).

وفي «الهداية»(١): اختارَ أنَّ اتِّفاقَ الأكثرِ كافٍ، ففي مقابَلة اتِّفاقِ الأكثرِ[١] لا يُعتبَرُ خلافُ الأقلِّ.

وفي كتب أصولِ الفقه: رجَّحوا ذلك المذهب، وهو أنَّ اختلافَ الأقلِّ في مقابَلة الأكثرِ معتبَرٌ، فإنَّ واحدًا مِنَ الصَّحابة ربَّما خالفَ الجمعَ الكثير، ولم يقولوا: نحن أكثرُ منك، بل اعتبَروا مخالفَتَه.

وأيضًا قال في «الهدايةِ»(٢): ((إنَّ المعتبرَ الاختلافُ في الصَّدرِ الأوَّل))؛ أي: الصَّحابةِ[٢]، لكنِ الأصحُّ: أنَّه لا يُشترَطُ ذلك، حتَّى يكونُ اختلافُ الشَّافعيِّ معتبَرًا.

---

[١] قولُه: (ففي مقابَلةِ اتِّفاقِ الأكثرِ... إلخ) قال الأكمل(٣): ((ينبغي أن يُحمَلَ هذا على ما إذا كان الواحدُ المخالفُ ممَّن لم يُسوِّغِ اجتهادُه ذلك؛ كقولِ ابنِ عبَّاسٍ في جواز ربا الفضل(٤)، فإنَّه لم يُسوِّغْ له أحدٌ ذلك، فلم يتبعْه أحدٌ، وأنكروا عليه، فهو خلافُ المجمَعِ عليه، يجبُ نقضُه.

فأمَّا إذا سوَّغَ له ذلك: لم ينعقدِ الإجماعُ بدونه؛ كقولِه(٥) في اشتراط حجبِ الأمِّ منَ الثُّلث إلى السُّدس بالجمع معَ الإخوة(٦)، ولا يُحمَلُ على قول مَن يرى أنَّ خلافَ الأقلِّ غيرُ مانعٍ لانعقاده؛ لأنَّه ليس بصحيحٍ عند عامَّة العلماء)) انتهى.

[٢] قولُه: (أي: الصَّحابةِ) يعني: أنَّ الاختلافَ الذي يجعلُ المحلَّ مجتهَدًا فيه:

---

(١) «الهداية في شرح بداية المبتدي»: (٣/ ١٠٧).
(٢) «الهداية في شرح بداية المبتدي»: (٣/ ١٠٧).
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٠٥) باختصارٍ يسيرٍ.
(٤) أخرجه البخاريُّ (٢١٧٨)، ومسلمٌ (١٥٩٦)، ولفظه: «لا ربا إلَّا ربا النَّسيئة».
(٥) أي: قول ابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.
(٦) أخرجه البيهقي في «السُّنن كبرى» (١٢٤٢٨)، وغيره.

(والقَضاءُ بحُرمَةٍ أو حِلٍّ يَنفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا[١]، ولو بشَهادَةِ زورٍ(١) إذا ادَّعاهُ بسَبَبٍ مُعَيَّنٍ) حتَّى لوِ ادَّعى جاريةً ملكًا مطلَقًا، وأقامَ على ذلك بيِّنةَ زورٍ، وقضى القاضي به: لا يحلُّ له وطؤها بالإجماع؛ لأنَّ الملكَ لا بدَّ له من سببٍ، وليس البعضُ أَولى مِنَ البعض، فلا يُمكنُ إثباتُ سببٍ معيَّنٍ يثبتُ به الحلُّ(٢).

(فلو أقامَ بَيِّنَةَ زورٍ أنَّهُ تَزَوَّجَها، وحُكِمَ بهِ(٣): حَلَّ لها تَمكينُهُ) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: ينفذُ ظاهرًا؛ أي: يُسلِّمُ القاضي الزَّوجةَ[٢] إلى الزَّوج، ويأمرُها بالتَّمكين، لا باطنًا؛ أي: لا يثبتُ فيما بينه وبين الله تعالى، ومذهبُهما ظاهرٌ.

هو الذي وقعَ بينَهم وبينَ التَّابعين، لا الذي يقعُ بعدهم(٤).

[١] قولُه: (يَنفُذُ ظاهِرًا) أي: فيما بينَنا، (وباطنًا) أي: فيما عند الله تعالى.

قال الجوهريُّ(٥): الزُّور: الكذب.

[٢] قولُه: (أي: يُسلِّمُ القاضي الزَّوجةَ) أي: حَلَّ له وطئُها، صرَّحَ به الأكمل(٦).

---

(١) في (ش٣) زيادة: «له».

(٢) في (م١) و(م٢): «فإن أقامت».

(٣) أي: الحاكم. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ١٩٦).

(٤) وعلى هذا إذا حكم الشَّافعيُّ والمالكيُّ برأيه لما يخالف رأي مَن تقدَّم عليه من الصَّدر الأوَّل، ورفع ذلك إلى حاكمٍ لم ير ذلك: كان له أن ينقضه، كذا في «العناية»: (٧/ ٣٠٦) (مِنهُ).

(٥) «الصِّحاح»: (زور).

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٠٦).

وأمَّا مذهبُ أبي حنيفةَ: فمشكِلٌ جدًّا، فإنَّ الحرامَ المحضَ كيف يكونُ سببًا للحِلِّ فيما بينه وبين الله تعالى؟

وجوابُه: إنَّا لم نجعَلِ الحرامَ المحضَ - وهي الشَّهادةُ الكاذبةُ من حيثُ إنَّه إخبارٌ كاذبٌ - سببًا للحِلِّ، بل حكمُ القاضي صار كإنشاءِ عقدٍ جديدٍ[١]، وهو ليس حرامًا، بل هو واجبٌ؛ لأنَّ القاضيَ غيرُ عالمٍ بكذب الشُّهود.

(والقَضاءُ في مُجتَهَدٍ فيهِ بخِلافِ رَأيِهِ ناسيًا مَذهَبَهُ، أو عامِدًا: لا يَنفُذُ عندَهُما، وبهِ يُفتى).

وأمَّا عند أبي حنيفة: إن كان ناسيًا مذهبَه: ينفذ، وإن كان عامدًا: ففيه روايتان.

وعندهما: لا ينفذُ في الوجهَين؛ لأنَّه قضى بما هو خطأٌ عنده، والفتوى على قولهما.

[القضاءُ على الغائِب]

(ولا يَقضي على غائبٍ إلَّا بحَضرَةِ نائبِهِ حَقيقَةً؛ كالوَكيلِ(١)، أو شَرعًا؛

---

[١]قولُه: (كإنشاءِ عقدٍ جديدٍ) قيل: فعلى هذا ينبغي أن يُشترَطَ حكمُه بحضور شاهدٍ عنده؛ لأنَّه شرطُ صحَّةِ هذا العقدِ كما هو رأيُ البعض.

وأُجيب: بأنَّ هذا شرطٌ لإنشاء النِّكاحِ قصدًا، والإنشاءُ ههنا يثبتُ اقتضاءً، فلا تُشترَطُ فيه الشَّهادةُ كما هو مختارُ بعضِ المشايخ، كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»(٢).

---

(١) «كالوكيل»: سقط من (ش٣) و(ش٤) و(م١) و(م٢).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٠٦).

كوَصيِّ القاضي[١]، أو حُكمًا؛ بأن كان ما يُدَّعى على الغائبِ سَبَبًا لِما يُدَّعى على الحاضِرِ) كما إذا ادَّعى دارًا[٢] على رجلٍ أنَّه اشتراها من فلانٍ الغائب، فأقامَ البيِّنَةَ على ذي اليد: فإنَّ القاضيَ يقضي بهذه البيِّنةِ على الحاضر والغائب، حتَّى لو حضرَ الغائبُ وأنكر: لا يُلتفَتُ إلى إنكاره[٣].

(فإن كانَ شَرطًا: لا يَصِحُّ) أي: وإن كانَ ما يدَّعي على الغائبِ شرطًا لِما يدَّعي على الحاضر، كما إذا ادَّعى عبدٌ على مولاه أنَّه علَّقَ عتقَه بتطليق زيدٍ زوجتَه، وأقامَ بيِّنةً على التَّطليق بغَيبة زيدٍ: اختلفَ فيه المشايخ، والصَّحيح: أنَّه لا يُقبَل.

وإنَّما يُقبَلُ في السَّبب دونَ الشَّرط؛ لأنَّ السَّببَ أصلٌ بالنِّسبة إلى المُسبَّب، فيكونُ الحاضرُ نائبًا عن صاحب السَّبب - وهو الغائبُ - كالوكيل، ولا كذلك إذا كان شرطًا، وإنَّما لا يقضي على الغائب في صورة الشَّرطِ

---

[١] قولُه: (كوَصيِّ القاضي) قيَّدَ بالوصيِّ؛ احترازًا عن مسخَّر القاضي، فإنَّ فيه اختلافَ الرِّوايتَين(١)، وقد مرَّ منَّا تفصيلُ هذا المقامِ في باب خيارِ العيبِ في قول الشَّارحِ رحمةُ الله عليه: «وقد قيل: هذه المسألة... إلخ»، فليُنظَرْ فيه(٢).

[٢] قولُه: (كما إذا ادَّعى داراً... إلخ) فإنَّ فيه ما يُدَّعى على الغائب - وهو شراءُ الدَّارِ- سببٌ لثبوت ما يُدَّعى على الحاضر، وهو المِلك؛ لأنَّ الشِّراءَ من المالك سببٌ للمِلك لا محالة، كذا في «الأكمليَّة»(٣).

[٣] قولُه: (لا يُلتفَتُ إلى إنكارِه) ولا يُحتاجُ إلى إعادة البيِّنة.

---

(١) وتفسير المسخَّر: أن ينصِّب القاضي وكيلًا عن الغائب يسمع الخصومة عليه، كذا فُهِمَ من «العناية»: (٧/ ٣١٢) (مِنهُ). وقد جاء هذا النَّصُّ في متن (ح٥).

(٢) ينظر: (٤/ ٧٨).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣١٠).

إذا كان فيه إبطالُ حقِّ الغائب[١]، أمَّا إذا لم يكن؛ كما إذا علَّقَ طلاقَ امرأتِه بدخول زيدٍ في الدَّار: تُقبل[٢].

(ويُقرِضُ مالَ اليَتيمِ، ويَكتُبُ ذِكرَ الحَقِّ) يجوزُ للقاضي إقراضُ مالِ اليتيم؛ لأنَّه محافَظةٌ[٣]، والقاضي قادرٌ على أخذِه متى شاء، ولا يجوزُ للوصيِّ؛ لعدم قدرته على الأخذ، وكذا الأبُ في الأصحِّ[٤]، فلو فعل: يضمن، وإذا أقرضَ

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (إذا كان فيه إبطالُ حقِّ الغائبِ) كما مرَّ من دعوى العبدِ على مولاه تعليقَ عتقِه بتطليق زيدٍ زوجتَه.

[٢] **قولُه**: (بدخولِ زيدٍ في الدَّار: يُقبَل)؛ لأنَّه لا ضررَ عليه، ومنَ المتأخِّرينَ مَن قال في الشَّرط أيضًا: يُقبَلُ؛ كما في السَّبب، - منهمُ البَزدويُّ -؛ لأنَّ دعوى المدَّعي كما تتوقَّفُ على السَّبب: تتوقَّفُ على الشَّرط أيضًا.

لا يُقال: المعتبرُ هو السَّببُ اللَّازم، والتَّوقُّفُ فيه أكثرُ؛ لكونه منَ الجانبَين.

لأنَّا نقول: المعتبرُ توقُّفُ ما يُدَّعى على الحاضر علىٰ مَا يُدَّعى على الغائب، وهو في الشَّرط موجودٌ، كذا في «العناية»(١).

[٣] **قولُه**: (لأنَّه محافَظةٌ)؛ لأنَّ القرضَ مضمونٌ على المستقرِض، بخلاف الوديعةِ فإنَّها أمانةٌ، إن هلكَت: تهلِكُ بغير شيءٍ، فلمَّا وردَ عليه أنَّ في الإقراض أيضًا احتمالَ الهلاكِ بجحود المستقرِضِ: دفَعَه بقوله: «والقاضي قادرٌ... إلخ».

[٤] **قولُه**: (في الأصحِّ) وقيل: يجوزُ له ذلك؛ لأنَّ ولايةَ الأبِ تعمُّ المِلكَ

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣١١).

القاضي: كتب في ذلك وثيقة[١].

والنَّفسَ؛ كولايةِ القاضي، وشفقتُه تمنعُه من تركِ النَّظرِ له، والظَّاهرُ أنَّه يُقرضُه ممَّن يأمنُ جحودَه، وإن أخذَه الأبُ قرضًا لنفسه، قالوا: يجوز، وروى الحسنُ عنِ الأعظم أنَّه لا يجوز، كذا في «الأكمليَّة»(١).

[١] قولُه: (كتبَ في ذلك وثيقة(٢)) وإنَّما يكتبُها؛ مخافةَ أن ينساه؛ لكثرة اشتغالِه.

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣١٤)، وفيها: «فالقراض يجوز» بدل «قالوا يجوز».

(٢) أي: الصَّكُّ الذي هو مكتوب القاضي (مِنهُ).

[باب التَّحكيم](١)

(وصَحَّ تَحكيمُ الخَصمَينِ مَن صَلَحَ قاضياً[١]، ولَزِمَهُما حُكمُهُ بالبَيِّنَةِ والنُّكولِ والإقرارِ، وإخبارِهِ بإقرارِ أحَدِ الخَصمَينِ، وبعَدالَةِ شاهِدٍ حالَ وِلايَتِهِ) أي: صحَّ إخبارُه[٢] بإقرار أحدِ الخصمَين، وبعدالة الشَّاهدِ في زمان ولايتِه؛ لأنَّ إخبارَه حالَ ولايتِه قائمٌ مقامَ شهادةِ رجلَين، بخلاف ما إذا أخبرَ بعدَ الولاية؛ لأنَّه التَحقَ بواحدٍ مِنَ الرَّعايا، فلا بدَّ مِنَ الشَّاهد الآخَر، وبخلاف ما إذا أخبرَ بأنَّه قد حكم؛ لأنَّه إذا حكم(٢): انعزَل، فلا يُقبَلُ إخبارُه.

(ولكُلٍّ منهُما أن يَرجِعَ قبلَ حُكمِهِ، ولا يَصِحُّ حُكمُ المُحَكَّمِ والمَولى[٣] لأبَوَيهِ ووَلَدِهِ وعِرسِهِ) كما لا يصحُّ الشَّهادةُ لهؤلاء[٤]

[١] قولُه: (مَن صَلَحَ قاضيًا) فخرجَ به الكافر، والعبد، والمحدودُ في القذف، والفاسق، والصَّبيُّ، لكنَّ الفاسقَ إذا حكَمَ: يجبُ أن يجوزَ عندنا؛ كما مرَّ من أنَّ الفاسقَ لا ينبغي أن يُقلَّد، ولو قُلِّدَ: جاز(٣).

[٢] قولُه: (أي: صحَّ إخبارُه) إشارةٌ إلى أنَّ قولَ المصنِّفِ: «وإخبارُه» عطفٌ على لفظ: «تحكيمُ الخصمَينِ»، لا على «حكمُه» في قوله: «ولزمَهما حكمُه».

[٣] قولُه: (والمَولى) يعني: القاضيَ الذي ولَّاه السُّلطانُ على بلدةٍ أو ناحيةٍ.

[٤] قولُه: (لهؤلاء) بخلاف الحكمِ والشَّهادةِ عليهم، فإنَّهما يصحَّانِ؛ لعدم التُّهمة.

---

(١) التَّحكيم: اتِّفاق الخصمين على قبول حكم شخصٍ معيَّنٍ في فصل الخصومة بينهما. «معجم لغة الفقهاء»: (ص ١٢٣).

(٢) في (ش٤) زيادة: «العدل».

(٣) جازَ مع الإثم، كما مرَّ في أول صفحة من كتاب القضاء.

(ولا التَّحكيمُ[١] في حَدٍّ وقَوَدٍ)؛ لأنَّهما لا يملِكانِ دمَهما؛ ولهذا لا يملِكانِ إباحتَه(١).

(قالوا: وصَحَّ في سائرِ المُجتَهَداتِ(٢)[٢]، ولا يُفتى بهِ؛ دَفعًا لتَجاسُرِ العَوامِّ) قال مشايخُنا: إنَّ تخصيصَ هذه الرِّواية، وهي قولُه: ولا يجوزُ التَّحكيمُ في الحدود

---

[١] قولُه: (ولا التَّحكيمُ(٣)) أي: لا يجوزُ التَّحكيمُ في الحدود الواجبةِ حقًّا لله تعالى باتِّفاق الرِّوايات؛ لأنَّ الإمامَ متعيِّنٌ لاستيفائها.

وأمَّا في حدِّ القذفِ والقِصاص: فقدِ اختُلِفَ فيه، منهم مَن جوَّزَه بناءً على أنَّ الاستيفاءَ إليهما، وهما من حقوق العباد، فيجوزُ كالأموال، ومنهم مَن لم يُجوِّزْه في الحدود والقِصاصِ مطلقًا، وقدِ اختارَ المصنِّفُ الثَّاني، واستدلَّ الشَّارحُ عليه بقوله: «لأنَّهما - أي: الخصمَينِ - لا يملكانِ دمَهما... إلخ»، لكنَّ هذا الدَّليلَ مختصٌّ بالقِصاص.

أمَّا الحدُّ: قالوا في ذلك: لأنَّ حكمَ المحكَّمِ ليس بحُجَّةٍ في حقِّ غيرِ المحكِّمين، فكانت فيه شبهةٌ، والحدُّ والقَوَدُ لا يُستوفَيانِ بالشُّبهات، وهذا أشملُ من دليله.

[٢] قولُه: (في سائرِ المُجتَهَداتِ) أي: في جميعها كما أشارَ إليه الشَّارحُ(٤).

---

(١) في (ش٤): «إباحتهما».

(٢) أي: في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد، كالطَّلاق، والعتاق، والكتابة، والكفالة، وغيرها، بخلاف ما خالف الكتاب، أو السُّنَّة، أو الإجماع. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٤٨٩).

(٣) أي: المحكَّمَين اللَّذينِ عبَّر عنهما المصنِّف بالخصمَين (مِنهُ).

(٤) بقوله: في جميع المجتهدات (مِنهُ). ينظر أوَّل الصَّفحة.

والقصاص: يدلُّ على جواز التَّحكيمِ في جميع المجتهَدات؛ كالكنايات(١)[١]، وفسخِ اليمين[٢]، ونحوِهما، وتخصيصُ المجتهَداتِ بالذِّكرِ ليس لنفي الحكمِ عمَّا عداه، فإنَّ ما ليس للاجتهاد فيه مساغٌ[٣]؛ كالثَّابت بالكتاب، أوِ السُّنَّةِ المشهورة، أوِ الإجماع: لا شكَّ في صحَّة التَّحكيمِ في ذلك.

وفائدتُه: إلزامُ الخصم، فإنَّ المتبايعَينِ إن حكَّما حكَمًا، فالمحكَّمُ يُجبرُ المشتريَ على تسليم الثَّمن، والبائعَ على تسليم المبيع، ومَنِ امتنعَ: يحبِسُه، فذكرَ المجتهَداتِ ليدلَّ على غيرها بالطَّريق الأَولى.

وإذا صحَّ التَّحكيمُ في جميع القضايا: لا يُفتى بذلك؛ لأنَّ العوامَّ يتجاسَرونَ

---

[١] **قولُه**: (كالكِنايات) أي: كالحكمِ في الكنايات بأنَّها رواجعُ، كذا في «البيانيَّة»(٢).

[٢] **قولُه**: (وفسخُ اليمين) أي: المضافِ إلى المِلك، **قيل في صورته**: إذا قال الرَّجلُ لامرأةٍ: «إذا تزوَّجتُكِ: فأنتِ طالقٌ»، ثمَّ بعد ذلك حكمَ المحكَّمُ بفسخ هذا اليمين: صحَّ عند الشَّافعيِّ(٣)، ورُوِيَ عن أصحابنا ما هو أوسعُ من هذا، وهو أنَّ صاحبَ الحادثةِ إذا استفتى فقيهًا عدلًا من أهل الفتوى، فأفتاه ببطلان اليمين: وسِعَه اتِّباعُ فتواه، وإمساكُ المحلوفِ بطلاقها.

[٣] **قولُه**: (مَساغٌ) أي: جوازٌ.

---

(١) في (ش١): «كالجنايات».

(٢) «غاية البيان»: (١١/ ١٥٧).

(٣) ينظر: «العزيز شرح الوجيز»: (٦/ ١٣).

على ذلك، فيقلُّ الاحتياجُ إلى القاضي، فلا يبقى لحُكَّام[1] الشَّرعِ رَونقٌ، ولا للمُحكَّم جمالٌ وزينةٌ.

(وحُكمُ المُحَكَّمِ في دَمِ خَطَأٍ بالدِّيَةِ على العاقِلَةِ[2]: لا يَنفُذُ)؛ لأنَّ العاقلةَ لم يُحكِّموه.

وكذا إن حكمَ بالدِّية على القاتل: لا ينفذُ أيضًا، فينقضُه القاضي، ويقضي على العاقلة؛ لأنَّ حكمَ المحكَّمِ مخالفٌ لمذهب القاضي، ومخالفٌ للنَّصِّ، وهو قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قوموا فَدُوهُ»[1].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (قُوموا فَدُوهُ) وهو أمرٌ من الدِّية، ومفردُه «دِ» مثلَ «قِ»، وهو حديثُ حَمَلِ بنِ مالكٍ، وكانت له ضَرَّتانِ[3]، فضربَت إحداهما الأخرى بعَمود خيمةٍ، فألقَت جَنينًا ميِّتًا، قال النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأولياء الضَّاربة: «قوموا فَدُوهُ[4]...» الحديث[5]، كذا في «الكفايةِ» في أوَّل كتابِ المعاقل[6].

واختُلِفَ في حكم القاضي بعلمه، قالوا: إنَّ محمَّدًا اعتبرَ علمَ القاضي حتَّى قال: إذا علمَ القاضي أنَّ زيدًا غصبَ شيئًا منَ المدَّعي: يأخذُه من زيدٍ ويدفعُه إلى المدَّعي، وهذا جوابُ روايةِ الأصول، وروى ابنُ سِماعةَ عنه أنَّ القاضيَ لا يقضي بعلمه وإنِ استفادَ العلمَ في حالة القضاءِ حتَّى يشهدَ معَه شاهدٌ واحدٌ، لعلَّ القاضيَ

(١) في (ش٢) و(ش٣): «الحكم».
(٢) في (م١) و(م٢): «الخطأ بالدِّية على عاقِلته».
(٣) أي: امرأتان جُمِعتا تحته (مِنهُ).
(٤) سقط من جميع النُّسخ عدا (ح٥).
(٥) أخرجه الطَّبرانيُّ في «الكبير»: (٥١٤) وابن أبي شيبة في «المصنَّف»: (٢٩٠٩٢).
(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٩/ ٣٢٦).

ومعنى عدمِ نفاذِه على العاقلة: أنَّ المحكَّمَ لا يكونُ [له][(١)] ولايةُ طلبِ الدِّيةِ مِنَ العاقلة[(٢)] وحبسِهم إنِ امتنَعوا (فإن رُفِعَ حُكمُهُ إلى قاضٍ: إن وافقَ مَذهَبَهُ: أمضاهُ، وإلَّا: أبطَلَهُ) أي: ليس حكمُ المحكَّمِ مثلَ حكمِ المولى في أنَّ المختلَفَ فيه يصيرُ مجمَعًا عليه.

ذخيرة العقبى

يكونُ غالطًا فيما يقول، فيُشترَطُ معَ علمِه شاهدٌ آخرُ حتَّى يكونَ علمُه معَ شهادة شاهدٍ آخر، بمعنى: شاهدَين، كذا في «العماديَّة»[(٣)].

---

(١) ما بين معكوفين مثبت من (ش٥).

(٢) في (ش٣) زيادة قوله: «على العاقلة لطلب الدية منهم».

(٣) نقلها الأستاذ عنها في «غرره»: (٢/ ٤١٥) (مِنهُ). وفيها زيادة: «قال» قبل «لعلَّ القاضي».

مسائلُ شتَّى مِنهُ(١)[١]

(وليس لصاحِبِ سُفلٍ عليهِ عُلوٌّ لآخَرَ: أن يَتِدَ(٢)[٢] في سُفلِهِ، أو يَنقُبَ[٣] كَوَّةً[٤] بلا رِضا الآخَرِ.

مسائلُ شتَّى

[١] قولُه: (منه) أي: من كتاب القضاء.

[٢] قولُه: (أن يَتِدَ) أي: يضربَ ويدقَّ في جدار البيتِ السُّفليِّ وتِدًا(٣)، وليس لصاحب العلوِّ أن يبنيَ على علوِّه، ولا أن يضعَ عليه جذعًا لم يكنْ، ولا يُحدثَ كَنيفًا إلَّا برضاء صاحبِ السُّفلِ عند الأعظم، وقالا: جاز لكلِّ واحدٍ منهما أن يضعَ ما لا يضرُّه به، كذا في «العناية»(٤).

[٣] قولُه: (أو يَنقُبَ) من: نقبَ الجدار؛ إذا أحدثَ فيه النُّقبةَ والثُّقبةَ(٥) للاستضاءة، أو للاستراحة.

[٤] قولُه: (والكَوَّة) - بفتح الكاف -: ثُقبةُ البيت، والضَّمُّ لغةٌ فيه، وهي

---

(١) «مِنهُ»: سقطت من نُسخ المتن (م١) و(م٢).

(٢) وهو قطعةٌ من الخشب أو الحديد يدقُّ في الحائط ليعلَّق عليه شيءٌ، أو يربط به شيءٌ. «البناية شرح الهداية»: (٩/ ٦٤).

(٣) وهو - بكسر التَّاء، والفتح لغةٌ فيه -، واحد الأوتاد، كذا في «الصِّحاح»: (وتد)، ويقال له بالفارسيِّ: ميخ (مِنهُ).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٢١).

(٥) الأوَّل بالنُّون، والثَّاني بالثَّاء المثلَّثة، كلاهما بمعنًى، كذا في المعتبرات من كتاب اللُّغات (مِنهُ). ينظر: «الصِّحاح»: (نقب)، و«المغرب»: (نقب) بمعناه.

ولا لأهلِ زائغَةٍ مُستَطيلَةٍ[١] تَنشَعِبُ منها مُستَطيلَةٌ غيرُ نافِذَةٍ: فَتحُ بابٍ في القُصوى، وفي مُستَديرَةٍ لَزِقَ طَرَفاها: لهم ذلك[٢] في القُصوى(١)) أي: في المنشَعِبة مِنَ الأولى.

وقولُه: «لزِقَ طرَفاها» أي: اتَّصلَ طرَفاها بالمستطيلة، والمرادُ بـ«طرفاها» نهايةُ شُعبتِها، وهذا إذا كانت مثلَ نصفِ دائرةٍ أو أقلَّ، حتَّى لو كانت أكثرَ من ذلك: لا يُفتَحُ فيها الباب.

بالفارسيِّ: روزن بركشاده، كذا في «الدُّستور»(٢).

[١] قولُه: (لأهلِ زائغَةٍ مُستَطيلَةٍ) وهي المحلَّة، سُمِّيَت بها؛ لميلها من طرفٍ إلى طرفٍ، من: زاغَتِ الشَّمس؛ إذا مالَت، والمستطيلة: الطَّويلة، من: استطال، بمعنى: طال، كذا في «البيانيَّة»(٣).

[٢] قولُه: (لهم ذلك) أي: لأهل الزَّائغةِ المستطيلةِ فتحُ البابِ في الزَّائغة المستديرة، صورةُ المسألةِ الأولى: أنَّ لرجلٍ دارًا في محلَّةٍ بابُها إلى السِّكَّة العظمى، وبعضُ حوائطِها إلى السِّكَّة السُّفلى الغيرِ النَّافذة، فأرادَ أن يفتحَ بابًا إلى تلك السِّكَّة: ليس له ذلك؛ لأنَّها مخصوصةٌ لأهلها، ولا فرقَ في الأولى بينَ أن تكونَ نافذةً أو غيرَ نافذةٍ في أنْ لا حقَّ لأهلها في المنشعِبة، بخلاف ما إذا كانتِ المنشعِبةُ نافذةً؛ لأنَّ المرورَ فيها حقُّ العامَّة، فلأهل الأولى فتحُ البابِ فيها، ولأهل

(١) «في القُصوى»: سقط من (م١) و(م٢)، وكذا سقطت من «إصلاح الوقاية» ومن «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٠٣).
(٢) «دستور اللُّغة»: (ص٤٧٩).
(٣) «غاية البيان»: (١١/ ١٦٧).

فلنُصوِّرْ[١] صورتَين: في الأولى: يكونُ له فتحُ البابِ دونَ الثَّاني، والفرقُ أنَّ الأولى تصيرُ ساحةً مشترَكةً، بخلاف الثَّانية، فإنَّه إذا كان داخلُها أوسعَ من مدخَلها: يصيرُ موضِعًا آخرَ غيرَ تابعٍ للأولى.

(ومَنِ ادَّعى هِبةً في وَقتٍ، فسُئلَ بيِّنةً(١)، فقالَ: «قد جَحَدَنيها(٢) فاشتَرَيتُها منه»، أو لم يَقُلْ ذلك، فأقامَ بيِّنةً على الشِّراءِ بعدَ وَقتِ الهِبةِ: يُقبَلُ(٣)، وقبلَهُ: لا) قولُه: «فأقامَ بيِّنةً على الشِّراء بعدَ وقت الهبة: يُقبَلُ، وقبلَه: لا»(٤) يرجعُ إلى الصُّورتَين[٢]؛ أي: ما إذا قال: «قد جحَدَنيها»، وما إذا لم يقُلْ ذلك، فإنَّ دعوى

المنشعِبةِ أن يفتحوا بابًا في العظمى في الفصلَين(٥)؛ لأنَّها ممرُّ الكلِّ، كذا فُهِمَ من تحرير شرَّاحِ «الوِقاية»(٦).

[١] قولُه: (فلْنُصوِّرْ) متفرِّعٌ على قوله: «وهذا إذا كانت... إلخ»؛ يعني: إذا حكمنا بالتَّفاوت بينَ نصفِ الدَّائرةِ وأقلَّ منه، وبينَ أكثرَ من ذلك: وجبَ علينا أن نُصوِّرَ مسألةَ الزَّائغةِ المستديرةِ بصورتَين، الأولى: كونُها نصفَ الدَّائرةِ أو أقلَّ، وفيه فتحُ بابٍ بلا ارتيابٍ، والثَّانيةُ: كونُها أكثرَ منه، ولا يُفتَحُ فيها البابُ أصلًا، كذا قيل.

[٢] قولُه: (يرجعُ إلى الصُّورتَين) والضَّميرُ في «يرجع» راجعٌ إلى قوله: «فأقامَ

---

(١) أي: سأل القاضي منه بيِّنةً. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٠٤).

(٢) أي: جحدني المدَّعى عليه الهبة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٠٤).

(٣) في (ش٢) زيادة: «قوله»، وفي (م١): «تقبل».

(٤) قوله: «بينةً على الشراء بعد وقت الهبة يقبل، وقبله لا»: سقط من (ش٢) و(ش٣)، وفي (ش٥) بدل قوله: «وقبله: لا» قوله: «وقوله لا يرجع إلى الصورتين...».

(٥) أي: الاستطالة والاستدارة، أو النُّفوذ وعدمه (مِنهُ).

(٦) ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٠٣)، و«الكوسجيَّة»: (ق: ٢٢٤)، و«توفيق العناية»: (ق: ١٧٤).

الهبةِ إقرارٌ بأنَّ الموهوبَ ملكُ الواهبِ قبلَ الهبة، ولا تُقبَلُ دعوى الشِّراءِ قبلَ وقت الهبة.

وأمَّا دعوى الشِّراءِ بعدَ وقت الهبة: فلا تناقُضَ فيها؛ لأنَّها تُقرِّرُ ملكَه[١] بعدَ(١) الهبة.

(ومَنِ ادَّعى أنَّ زَيدًا اشتَرى جاريَتَهُ وأنكَرَ، وتَرَكَ المُدَّعي خُصومَتَهُ: حَلَّ له وَطؤُها)؛ لأنَّه إذا تعذَّرَ[٢] للبائع حصولُ الثَّمنِ مِنَ المشتري: فاتَ رضى البائع،

بيِّنَةً»، وهذا المرجِعُ قد وُجِدَ في بعض نُسخِ الشَّرح، وفي بعضها لا.

[١] قولُه: (تُقرِّرُ ملكَه) أي: لأنَّ دعوى الشِّراءِ تقرَّرَ مِلكُ الواهبِ عندها(٢)، فلا تناقضَ فيها فيُقبَل.

قيل: ينبغي أن لا تُقبَلَ في هذه الصَّورةِ أيضًا؛ لأنَّه ادَّعى شراءً باطلًا، حيثُ ادَّعى شراءَ ما ملكَه بالهبة.

وأُجيب: بأنَّه لمَّا جحَدَ الهبةَ: فقد فسخَها منَ الأصل، وتوقَّفَ الفسخُ في حقِّ المُدَّعي على رضاه، فإذا أقدم على الشِّراء: فقد رضيَ بذلك الفسخِ فيما بينَهما، فانفسخَتِ الهبةُ بتراضيهما، واشترى ما لا يملكُه، فكان صحيحًا، كذا في «الأكمليَّة»(٣).

[٢] قولُه: (لأنَّه إذا تعذَّرَ) دليلٌ أوَّلُ.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «وقت».

(٢) في (ح٣) و(ح٤) و(ح٥): «عندنا»، والمثبت موافقٌ للمصدر.

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٢٨).

فيستبِدُّ بفسخه، لا سيَّما[1] إذا جحدَ المشتري[2]، فإنَّ جحودَه فسخٌ من جهته.

(وصُدِّقَ المُقِرُّ بقبضِ عَشَرَةٍ) أي: قال: «قبضتُ من فلانٍ عشَرةَ دراهمَ» (إنِ ادَّعى أنَّها زُيوفٌ أو نَبهرَجَةٌ، لا(1) مَنِ ادَّعى أنَّها سَتُّوقَةٌ، ولا مَن أقَرَّ بقَبضِ الجيادِ، أو حَقِّهِ، أوِ الثَّمَنِ، أوِ الاستيفاءِ(2)) أي: قال: «استوفيتُ منه عشَرةَ دراهمَ»؛ لأنَّ الاستيفاءَ يدلُّ على الكمال.

(والزُّيوفُ(3): رَدٌّ(4) لبيتِ المالِ كالنَّبهرَجَةِ للتُّجَّارِ، والسَّتُّوقَةُ: ما غَلَبَ غِشُّهُ).

---

[1] وقولُه: (لا سيَّما) دليلٌ ثانٍ، كلاهما مذكورانِ في «الهداية»(5).

والفرقُ بينَهما أنَّ الانفساخَ في الأوَّل مترتِّبٌ على الفسخ من جانب البائعِ وحدَه، وفي الثَّاني منَ الجانبَين، وجُعِلَ جحودُ المشتري فسخًا من جانبه، والعزمُ على ترك الخصومةِ من جانب البائع، هذا زبدةُ ما في «العناية»(6).

[2] قولُه: (إذا جحدَ البائع) أقول: هكذا وجدتُ أكثرَ النُّسخِ التي عندنا، فالظَّاهرُ أنَّ لفظَ «البائعَ» نُصِبَ على مفعوليَّة «جحد»، وفاعلُه ضميرُه الرَّاجعُ إلى «المشتري»، ويؤيِّدُ هذا التَّصحيحَ وقوعُه في بعضها هذا: «إذا جحدَ المشتري للبائع»، ومعنى إنكارِ المشتري للبائع: إنكارُه لدعواه البيع.

---

(١) أي: لا يصدَّق.

(٢) في (م١) و(م٢): «بالاستيفاء».

(٣) في (م١) و(م٢): «والزَّيف».

(٤) أي: مردودةٌ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٠٥).

(٥) «الهداية»: (٣/ ١٠٩).

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٣٠).

الزَّيفُ[١] **والنَّبهَرجة**: من جنس الدَّراهم التي الفضَّةُ غالبةٌ على الغشِّ، إلَّا أنَّها بالنِّسبة إلى الجيِّد تكونُ فضَّتُهما أقلَّ؛ لأنَّ رداءةَ الزَّيفِ دونَ رداءةِ النَّبهرَجة، فالزَّيفُ لا يردُّه التُّجَّار، وتجري فيه المعاملة، إلَّا أنَّ بيتَ المالِ لا يقبلُه، فإنَّ بيتَ المالِ لا يقبلُ إلَّا ما هو جيِّدٌ غايةَ الجَودة، والنَّبهرَجةُ يرُدُّه التُّجَّار.

والنَّبهرَج: الباطلُ والرَّديءُ مِنَ الشَّيء.

والدِّرهمُ النَّبهرَج: قيل: ما بطلَ سِكَّتُه، وقيل: الذي فضَّتُه رديئةٌ، وقيل: الغالبُ الفضَّة، وهو معرَّبُ «نبهره»، وفي «المغرِب»: لم أجِده بالنُّون(١).

والسَّتُّوقةُ[٢]: تعريبُ «سه توقه»(٢) أي: داخلُه نحاسٌ مطليٌّ بالفضَّة.

---

[١] **قولُه**: (الزَّيفُ) من: زيَّفَ الدَّراهمَ؛ أي: غيَّرَها.

[٢] **قولُه**: (السَّتُّوقةُ(٣) تعريب: سه توقه)، قال في «العناية»(٤): ((تعزيب: سه تو))، وفي «المُغرب»(٥): ((معرب: سه طاقه))، وفي تاج الشَّريعة(٦): ((معرَّب: سه تاهه))، ومآلُ الكلِّ واحدٌ، وهو أنَّ له ثلاثَة طاقاتٍ، الطَّاقُ الأعلى والأسفلُ منها فضَّةٌ، والأوسطُ نحاسٌ، أو صُفرٌ، أو رصاصٌ، وقد أفصحَ الشَّارحُ عن هذا المعنى

---

(١) والذي فيه: ((البَهْرَجُ: الدِّرهم الذي فِضَّته ردِيَّة، وقيل: الذي الغلبةُ فيه للفِضة، إعرابُ «نَبَهْره»، عن الأزهري وعن ابن الاعرابي: المُبْطَلُ السِكَّة، وقد استُعير لكل رَدِيٍّ باطلٍ)). «المغرب»: (بهرج).

(٢) في (ش٥): «سه تويه»، وفي غيرها: «ستُّوقه».

(٣) قال في «البيانيَّة»: (١١/ ١٧٤): ((السَّتُّوق -بالفتح- أردأ من النَّبهرج، قال في «النَّوازل»: قال أبو نصرٍ: الزُّيوف: هي الدَّراهم المغشوشة، والنَّبهرجة: هي التي تُضرَب في غير دار السُّلطان، والسَّتُّوقة: صُفرٌ مموَّهٌ بالفضَّة))، انتهى (مِنهُ).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٣٢)، وفيها: «معرَّب ستو» بدل: «تعريب سه تو». وفيه (ح٥): «تعريب سه توده».

(٥) «المغرب»: (ستق)، وفيه: «سه تو» بدل «سه طاقه».

(٦) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (ق: ٢/ ٤٩) مخطوط.

(وقَولُهُ[(١)]: «ليس لي عليك شَيءٌ» للمُقِرِّ بألفٍ: يُبطِلُ إقرارَهُ، و«بل لي عليك ألفٌ» بعدَهُ بلا حُجَّةٍ: لَغوٌ.

فإن قالَ المُدَّعى عليه عَقيبَ دَعوى مالٍ: «ما كانَ لك عليَّ شَيءٌ قَطُّ»، فأقامَ المُدَّعي بَيِّنَةً على ألفٍ، وهو على القَضاءِ، أوِ الإبراءِ: قُبِلَت هذه) خلافًا لزفر؛ لأنَّ القضاءَ يقتضي سبقَ حقٍّ، وكذا الإبراء، وقد قال: «ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ» فلا يُصدَّقُ في دعوى القضاءِ والإبراء.

قلنا: القضاءُ قد يكونُ بلا حقٍّ، وكذا الإبراء، فإنَّ المدَّعيَ قد يُبرِئُ عن حقٍّ ثابتٍ في زعمه وإن لم يكن ثابتًا في الحقيقة.

(وإن زادَ على إنكارِهِ: «ولا أعرِفُكَ»: رُدَّت) أي: قال: «ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرفُك»، ثمَّ أقامَ بيِّنةً على القضاء أوِ الإبراء: لا تُقبَلُ؛ لتعذُّرِ التَّوفيق؛ لأنَّه لا يكونُ بين اثنَينِ أخذٌ وإعطاءٌ، ومعاملةٌ وإبراءٌ بدون المعرفة، وذكرَ القُدوريُّ أنَّه تُقبَلُ أيضًا؛ لأنَّ المحتجِبَ[١] أوِ المخدَّرةَ قد يأمرُ بعضَ وكلائه بإرضائه،

بطلاء النُّحاسِ بالفضَّة.

[١] قولُه: (لأنَّ المحتجِبَ... إلخ) وهو الذي لا يُباشرُ الأمورَ بنفسه.

والمخدَّرة: التي لم تجرِ عادتُها بالبروز وحضورِ مجلسِ الحكم، قالوا: وعلى هذا إذا كان المدَّعى عليه ممَّن يتولَّى الأعمالَ بنفسه: لا تُقبَلُ بيِّنتُه، وقيل: تُقبَلُ البيِّنةُ على الإبراء في هذا الفصلِ باتِّفاق الرِّوايات؛ لأنَّه يتحقَّقُ بلا معرفةٍ[(٢)].

(١) أي: وقول المقرِّ له. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٠٦).

(٢) كذا فُهِمَ من تقرير «غاية البيان»: (١١/ ١٧٧) (مِنهُ). عن فخر الإسلام البزدويِّ.

ولا يعرفُه، ثمَّ يعرفُه بعدَ ذلك، فأمكنَ التَّوفيق[١].

واعلم أنَّ إمكانَ التَّوفيقِ هل يكفي في دفع التَّناقض، أو لا بدَّ من أن يُصرِّحَ بالتَّوفيق؟ اختلفَ المشايخُ فيه:

١- وجهُ الأوَّل: أنَّ مع إمكانِ التَّوفيقِ لا يتحقَّقُ التَّناقض، فيُحمَلُ عليه صيانةً لدعواه عنِ البطلان.

٢- وجهُ الثَّاني: أنَّه لا بدَّ للدَّعوى مِنَ الصِّحَّة يقينًا، فإمكانُ الصِّحَّةِ لا يُبطِلُ حقَّ المدَّعى عليه.

إذا عرَفتَ هذا فأقول: في كلِّ صورةٍ يقعُ الشَّكُّ في صحَّة الدَّعوى: لا نقول: إنَّ إمكانَ الصِّحَّةِ كافٍ، كما إذا ادَّعى الهبة، فسُئلَ البيِّنة، فلم يقدِر، فادَّعى الشِّراء، فأقام بيِّنةً على الشِّراء من غيرِ أن يُبيِّنَ أنَّ الشِّراءَ قبلَ وقت الهبةِ أو بعدَه: لا تُقبَل؛ لأنَّه يحتمِلُ أن يكونَ الشِّراءُ قبلَ وقت الهبة، وعلى هذا التَّقديرِ: لا تصحُّ دعوى الشِّراءِ كما مرَّ، ويحتمِلُ أن يكونَ الشِّراءُ بعدَ وقت الهبة، وعلى هذا التَّقديرِ: تصحُّ دعوى الشِّراءِ كما مرَّ(١).

وإذا وقع الشَّكُّ في صحَّة الدَّعوى: لا نُصحِّحُه بالشَّكِّ؛ لأنَّ غايةَ ما في الباب أنَّ شراءَه كان متحقِّقًا قبلَ وقت الهبة، فيكونُ معنى دعوى الهبة: إنِّي كنتُ

---

[١] قولُه: (فأمكنَ التَّوفيق) بأن يقول: «لم يكنْ عليَّ شيءٌ، ولكن آذيتَني بخصومتكَ الباطلة، فدفعتُ إليكَ ما تدَّعيه؛ دفعًا لأذاك»، ألا يُرى أنَّه يُقال: قضى بباطلٍ، كما يُقال: قضى بحقٍّ؟ كذا في الشُّروح(٢).

---

(١) ينظر: (٤/ ٣٤٧).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٣٥)، و«البناية شرح الهداية»: (٩/ ٧٤).

اشتريتُها منه، لكنِ ارتفعَ ذلك العقد، ثمَّ صار ملكًا له، ثمَّ وُهِبَ منِّي، فلا بدَّ من إقامة البيِّنةِ على الهبة، فإذا لم تكن له بيِّنةٌ: لا تصحُّ دعواه، ولا يبطلُ حقُّ المدَّعى عليه بالشَّكِّ.

وفي كلِّ صورةٍ لا يكونُ الشَّكُّ في صحَّة دعواه، حتَّى يلزمَ إبطالُ حقِّ المدَّعى عليه بالشَّكِّ نقول: إمكانُ التَّوفيقِ كافٍ، كما إذا أقامَ البيِّنةَ على القضاء أوِ الإبراءِ بعدَ وقت الهبة: تُقبَل، فاحفظ هذا الضَّابط، فإنَّه كثيرُ النَّفع.

ثمَّ اعلم أنَّ التَّناقضَ إنَّما يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى إذا كان الكلامُ الأوَّلُ قد أثبتَ لشخصٍ معيَّنٍ حقًّا، حتَّى إذا لم يكن كذلك: لا يمنعُ صحَّةَ الدَّعوى، كما إذا قال: «لا حقَّ لي على أحدٍ من أهل سمَرقَندَ»، ثمَّ ادَّعى شيئًا على واحدٍ من أهل سمَرقَند: تصحُّ دعواه.

(ومَن أقامَ بَيِّنَةً على شِراءٍ، وأرادَ الرَّدَّ بعَيبٍ: رُدَّت بَيِّنَةُ بائعِهِ على بَراءَتِهِ مِن كُلِّ عَيبٍ بعدَ إنكارِ بَيعِهِ) ادَّعى رجلٌ على آخر: «إنِّي اشتريتُ منك هذا العبدَ بألفٍ، وسلَّمتُ إليك الألف، فظهرَ فيه عيبٌ[١]، فأردُّه بالعيب، فعليك أن تردَّ الثَّمنَ إليَّ»، فأنكرَ الخصمُ البيع، فأقام المدَّعي بيِّنةً على البيع، فادَّعى الخصمُ براءةَ المدَّعي[٢] من كلِّ عيبٍ، وأقام بيِّنةً على ذلك: لا يُسمَعُ للتَّناقض.

---

[١] **قولُه**: (فظهرَ فيه عيبٌ) أي: عيبٌ لم يحدثْ مثلُه في مثل تلك المدَّة؛ كالإصبعِ الزَّائدةِ مثلًا.

[٢] **قولُه**: (فادَّعى الخصمُ براءةَ المدَّعي) أي: ادَّعى البائعُ إبراءَ المشتري إيَّاه من كلِّ عيبٍ، والتَّعبيرُ عنِ الإبراء بالبراءة ليس ببعيدٍ كلَّ البعد، يؤيِّدُه قولُ الزَّيلعيِّ(١):

---

(١) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٩٩).

وعند أبي يوسُف: يُسمَعُ قياسًا على المسألة[١] المذكورة، وهي: «ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ».

والفرقُ لأبي حنيفةَ ومحمَّدٍ: أنَّ في مسألة الدَّين: أنَّ الدَّينَ قد يُقضى وإن كان باطلًا، وههنا دعوى البراءةِ مِنَ العيب تستدعي قيامَ البيع[٢]، وقد أنكرَه.

(وذِكرُ: «إن شاءَ اللهُ تَعالى» في آخِرِ صَكٍّ(١): يُبطِلُ كُلَّهُ، وعندَهُما: آخِرَهُ، وهو استِحسانٌ) أي: إذا كتبَ صكَّ إقرارٍ، ثمَّ كتبَ في آخره: كلُّ مَن أخرجَ هذا الصَّكَّ وطلب: ادفَعُ[٣] إليه إن شاءَ اللهُ تعالى.

((فأقامَ البائعُ البيِّنَةَ أنَّه أبرأَه من كلِّ عيبٍ له(٢))).

[١] قولُه: (قياسًا على المسألة... إلخ) يعني: كما أنَّ فيها أنكرَ أوَّلًا أصلًا، ثمَّ أقامَ البيِّنَةَ على القضاء أوِ الإبراء، فقُبِلَتْ بناءً على أنَّ غيرَ الحقِّ قد يُقضى ويبرَأ، فأمكنَ التَّوفيق، فكذلك ههنا يجوزُ أن يقول: «لم يكن بيننا بيعٌ، لكنَّه لمَّا ادَّعى عليَّ البيعَ: سألتُه أن يُبرئَني فأبرأَني»، أو قال: «ما بعتُه منه، وإنَّما باعَه وكيلي وأبرأَه عنِ العيب»، فيكونُ صادقًا بذلك، كذا في «العناية» والزَّيلعيِّ(٣).

[٢] قولُه: (تستدعي قيامَ البيع)؛ لأنَّ شرطَ البراءةِ تغييرُ العقدِ منِ اقتضاء وصفِ السَّلامةِ إلى غيره، وذلك يقتضي وجودَ أصلِه؛ لأنَّ الصِّفةَ بدون الموصوفِ غيرُ متصوَّرةٍ، وإنكارُه إيَّاه يُناقضُ ذلك.

[٣] قولُه: (أدفَعُ) صيغةُ المتكلِّمِ وحدَه، من مضارع: دفع.

(١) في (م١) و(م٢): «الصكّ».
(٢) في (ح٣): «به»، وفي (ح٥): «فيه»، وفي «التَّبيين»: «بها».
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٣٧)، وفيها: «قبلت» بدل «فقبلت»، و«تبيين الحقائق»: (٤/ ١٩٩).

فقولُه: «إن شاءَ اللهُ تعالى» ينصرفُ إلى الكلِّ عند أبي حنيفة، حتَّى يبطلُ جميعُ الصَّكِّ، وهو القياس، كما في قوله: «عبدُه حرٌّ، وامرأتُه طالقٌ إن شاءَ اللهُ تعالى».

وعندهما: ينصرِفُ إلى الآخِرِ، وهو الاستحسان؛ لأنَّ الصَّكَّ للاستيثاق[١]، فالاستثناءُ ينصرفُ إلى ما يليه.

---

[١] قولُه: (للاستيثاق) أي: ليصيرَ ثقةً يُعتمَدُ عليه، ويُتمسَّكُ به وقتَ الحاجة، وصرفُ(١) الاستثناءِ إلى جميعه يُبطلُه، فلا يصيرُ توكيدًا ومعتمَدًا عليه، فهذا خلَفٌ باطلٌ.

---

(١) في جميع النُّسخ عدا (ح٥): «وحرف».

[فصلٌ في القضاءِ بالمَواريث]

(نَصرانيٌّ ماتَ، فقالَت عِرسُهُ(١): «أسلَمتُ بعدَ مَوتِهِ»، وقالَ(٢) وَرَثَتُهُ: «لا، بل قبلَهُ»: صُدِّقوا، كما في مُسلِمٍ ماتَ(٣)، فقالَت عِرسُهُ: «أسلَمتُ قبلَ مَوتِهِ»، وقالوا: «بل بعدَهُ») هذا عندنا.

وعند زفرَ في المسألة الأولى: القولُ قولُها؛ لأنَّ الإسلامَ حادثٌ، فيُضافُ إلى أقرب الأوقات.

ولنا: أنَّ سببَ الحرمانِ ثابتٌ في الحال، فيثبُتُ فيما مضى تحكيمًا للحال[١]، وهي تصلحُ(٤) حُجَّةً للدَّفع.

(ومَن قال: «هذا ابنُ مودِعي المَيِّتِ لا وارِثَ له غيرُهُ»: دَفَعَها[٢] إليهِ) أي:

---

[١] قولُه: (تحكيمًا للحال) كما في جرَيان ماءِ الطَّاحونِ وانقطاعِه إذا اختلفَ فيه المتعاقدانِ بعدما مضى مدَّةٌ، فإنَّه بحكم الحال، فإن كان الماءُ جاريًا في الحال: كان القولُ للآجر، وهو صاحبُ الطَّاحون، وإن كان منقطعًا: كان للمستأجر، مَن أرادَ تحقيقَ هاتينِ المسألتَينِ: فلينظُرْ في تلخيص «العناية» من تطويل «النِّهاية»(٥).

[٢] قولُه: (دَفَعَها) أي: دفعَ الوديعة؛ يعني: أمرَ بدفعها إليه(٦).

---

(١) أي: زوجته.

(٢) في (م١) و(م٢): «وقالت».

(٣) أي: صدَّقوا الورثة.

(٤) في (ش٤) زيادة: «صحة».

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٣٩)، وفيها: «يحكم في الحال» بدل «بحكم الحال»، و«الطَّاحونة» بدل «الطَّاحون»، و«النِّهاية شرح الهداية»: (٧/ ٤٥٦).

(٦) كذا فُهِمَ من «الهداية»: (٣/ ١١١) (مِنهُ).

دفع الوديعةَ إليه (ولو أقرَّ بابنٍ آخَرَ لمودِعِهِ، وجَحَدَ الأوَّلُ: فهي لهُ) أي: للمقرِّ له الأوَّل؛ لأنَّ الإقرارَ الأوَّلَ لم يكن له[١] مكذِّبٌ فصحَّ، فلا يصِحُّ الثَّاني؛ لأنَّ الأوَّلَ مكذِّبٌ له.

(ولا يُكفَلُ غريمٌ أو وارِثٌ في تَرِكَةٍ قُسِّمَت بينَ الغُرَماءِ أوِ الوَرَثَةِ بشُهودٍ لم يَقولوا[٢]: «لا نَعلَمُ لهُ غَريمًا أو وارِثًا آخَرَ»، وهو احتياطٌ ظُلمٌ) أي: إذا شهدَ الشُّهودُ للغرماء أوِ الورثة، ولم يقولوا: «لا نعلمُ للميِّت غريمًا أو وارثًا آخرَ»: قُسِّمَتِ التَّركةُ بينهم، ولا يؤخَذُ منهم كفيلٌ، وقدِ احتاط بعضُ القضاة، وأخذَ منهم كفيلًا، وهذا الاحتياطُ ظُلمٌ[٣]؛ لأنَّه[٤] ثبتَ حقُّهم، ولم يُعلَم حقٌّ لغيرهم؛ ولأنَّه لم يوجَدِ المكفولُ له، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يأخذُ القاضي كفيلًا عنهم.

(وعَقارٌ أقامَ زَيدٌ حُجَّةً أنَّهُ لهُ ولأخيهِ إرثًا مِن أبيهِما: قَضى له بنِصفِهِ، وتَرَكَ

---

[١] **قولُه**: (لم يكنْ له) أي: لم يوجدْ للإقرار الأوَّلِ مكذِّبٌ.

[٢] **قولُه**: (بشُهودٍ لم يَقولوا) متعلِّقٌ بقوله: «قُسِّمَتْ»، احترزَ به عمَّا ثبتَ بالإقرار منَ المودَع الذي هذا المالُ في يده، فإنَّه حينئذٍ يؤخَذُ الكفيلُ منهمُ اتِّفاقًا.

[٣] **قولُه**: (وهذا الاحتياطُ ظُلمٌ) أي: ميلٌ عن سواء السَّبيل؛ لأنَّ القاضيَ لمَّا أخذَ الكفيلَ من غيرِ طلبٍ: يكونُ ظلمًا منه؛ لأنَّه جعلَ نفسَه خصمًا، وهو ليس بخصمٍ.

[٤] **قولُه**: (ولأنَّه ... إلخ) دليلٌ آخرُ على عدم جوازِ أخذِ الكفيل؛ يعني: أنَّ جهالةَ المكفولِ له(١) تمنعُ صحَّةَ الكفالة، وههنا المكفولُ له مجهولٌ، فلا يصحُّ.

---

(١) في (ح٥): «عنه».

باقيَهُ معَ ذي اليَدِ بلا تكفيلِهِ، جَحَدَ دَعواهُ أو لا[١]) هذا عند أبي حنيفة، فإنَّ ذا اليدِ قدِ اختارَه الميِّت، فلا يُقصِرُ يدَه عمَّا ليس مدَّعيه حاضرًا.

وعندهما: إن جحدَ ذو اليد: لا يُترَكُ الباقي في يده؛ لأنَّ الجاحدَ خائنٌ، فيؤخَذُ منه، ويُجعَلُ في يد أمينٍ، وإن لم يجحَد: تُرِكَ الباقي في يده للابن الغائب، وإذا تُرِكَ في يده: لا يؤخَذُ منه كفيلٌ.

(والمَنقولُ مِثلُهُ(١)، وقيلَ: يؤخَذُ هو منهُ بالاتِّفاقِ) أي: إذا كانتِ المسألةُ في المنقول:

قيل: هو على هذا الخلاف، فإنَّه إذا تُرِكَ الباقي في يده إذا لم يجحد: ففي صورة الجحودِ أَولى؛ لأنَّه مضمونٌ في يده، ولو وُضِعَ في يد آخرَ: كان أمانةً، فالأَوَّلُ أَولى.

وقيل: يؤخَذُ منه[٢] عند الجحود اتِّفاقًا[٣].

---

[١] **قولُه**: (جَحَدَ دَعواهُ أو لا) متعلِّقٌ بقوله: «وتَرَكَ باقيَه» يعني: لا فرقَ في وجوب تركِ الباقي معَ ذي اليدِ بينَ إنكارِه لدعوى زيدٍ؛ وإثباتِه إيَّاها بالبيِّنة كما في الصُّورة التي ذكرَها المصنِّفُ، وبينَ إقرارِه بها عند الأعظم خلافًا لهما.

[٢] **قولُه**: (يُؤخَذُ هو منه) أي: المنقولُ منَ المودَع - بالفتح -.

[٣] **قولُه**: (عند الجحودِ اتفاقًا) إنَّما زاد قيدَ «الجحود»؛ دفعًا لما يُتوهَّمُ من عموم عبارةِ المصنِّفِ من أنَّ الاتِّفاقَ المذكورَ يشملُ حالَ الاعترافِ أيضًا، وليس الأمرُ كذلك؛ بل هو مختصٌّ بحال الجحود.

---

(١) أي: إذا كانت الدَّعوى في المنقول لا يؤخذ نصيب الغائب من يد المدَّعى عليه عند أبي حنيفة، خلافًا لهما. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢١٣).

(ووَصيَّتُهُ بثُلُثِ مالِهِ: على كُلِّ شَيءٍ(١)، و«مالي» أو: «ما أملِكُ صَدَقَةٌ»: على مالِ الزَّكاةِ[١]) هذا عندنا.

وعند زفر: يقعُ على كلِّ شيءٍ وصيَّةً؛ لإطلاق(٢) اللَّفظ، ونحن اعتبَرنا إيجابَ العبدِ بإيجاب اللهِ تعالى[٢].

(فإن لم يَجِد[٣] إلَّا ذلك(٣): ....

---

[١] قولُه: (على مالِ الزَّكاةِ) يعني: النَّقدَين، والسَّوائم، وأموالَ التِّجارة، بلغَ النِّصابَ أو لا، لأنَّ المعتبرَ هو جنسُ مالِ الزَّكاة، ولا ريبةَ في أنَّ القليلَ: منه.

[٢] قولُه: (على إيجابِ الله تعالى) فكما أنَّ ما أوجبَ اللهُ تعالى منَ الصَّدقة مضافًا إلى مالٍ مطلَقٍ؛ كقولِه تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣](٤) انصرفَ إلى البعض: فكذا ما يوجبُه العبدُ على نفسه، بخلاف الوصيَّة؛ لأنَّها أختُ الميراث، والإرثُ يجري في جميع المال، فكذا هي، كذا في الزَّيلعيِّ(٥).

[٣] قولُه: (فإن لم يَجِد) أي: لم يجدِ النَّاذرُ إلَّا ما لا يجبُ عليه تصدُّقُه.

لا يُقال: هذا مخالفٌ لقولهم: وصاحبُ الغلَّة الذي يملكُ الدُّورَ والحوانيت؛ لأنَّها مالٌ لا يجب تصدُّقُه، وأيضًا مالُ التِّجارةِ مالٌ يجبُ تصدُّقُه، فكيف يستقيمُ

---

(١) أي: لو أنَّ رجلًا أوصى بثلث ماله: فالثُّلث يقع على كلِّ ماله؛ لأنَّه أخت الميراث، والميراث يجري في الكلِّ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٥١٠).

(٢) قوله: «وصية لإطلاق» في (ش٣): «قضية إطلاق»، وفي (ش٤): «كوصية لإطلاق»، وفي (ش٥) «كل شيء كما في الوصية».

(٣) أي: ما يجب تصدُّقه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢١٤).

(٤) وكقوله تعالى: ﴿وَفِيٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ﴾ [الذاريات: ١٩] (مِنهُ).

(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٠٢)، وفيها: «الأموال» بدل «المال».

أمسَكَ منهُ قوتَهُ[١]، فإذا مَلَكَ: تَصَدَّقَ بما أخَذَ) قيل: المُحترفُ يُمسِكُ لنفسه

ذخيرة العقبى

قولُهم: «وصاحبُ التِّجارةِ إلى وصول مالِ تجارتِه»؟

لأنَّا نقول: احترزَ المصنِّفُ بقوله: «لا يجدُ إلَّا ذلك» عمَّن له مالٌ سوى مالِ الزَّكاةِ يُمكنُ أن ينتفعَ به في قوته وقوتِ عيالِه يومَ نذرَ مالَه؛ كالدَّقيق، والسَّويق، والزَّبيبِ ونحوِها، فإنَّه ليس له أن يُمسكَ شيئًا من مال الزَّكاة، والدُّورُ والحوانيتُ لا يُنتفَعُ بها في الحال، وفي بيعها عجَلَةً ضررٌ فاحشٌ وحرَجٌ مرفوعٌ في الدِّين.

وأمَّا مالُ التِّجارة: فالمرادُ به: المالُ الذي يُحصِّلُه التَّاجرُ بعد نذرِ ما في يده كما يُفصحُ عنه قولُ الزَّيلعيِّ(١)، فلا يرِدُ أنَّ مالَ التِّجارةِ ممَّا يجبُ تصدُّقُه بالنَّذر، فما معنى قولِهم: «وصاحبُ التِّجارةِ إلى وصول مالِ تجارتِه»؟ فليُتأمَّلْ.

ولك أن تقول: لِمَ لا يجوزُ أن يتملَّكَ الدُّورَ والحوانيتَ بعد نذرِ مملوكاتِه بالإرث أو بالهبة؟ فليُتأمَّلْ(٢).

[١] قولُه: (أمسَكَ منهُ قوتَهُ)؛ لأنَّ حاجتَه هذه متقدِّمةٌ؛ إذ لو لم يُمسِكْ: لاحتاجَ أن يسألَ النَّاسَ من يومه، وقبُحَ التَّصدُّقُ بجميع مالِه، وإظهارُ الاحتياجِ إلى الغير من يومِه ممَّا لا يخفى على أحدٍ، ولكن لم يُبيِّن محمَّدٌ في «المبسوط»(٣) مقدارَ ما يُمسك؛ لاختلاف أحوالِ النَّاسِ في كثرة العيالِ وقلَّتِه.

---

(١) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٠٣)، حيث قال: ((وكذا أهل التِّجارة وأهل الزَّرع يتجدَّد لهم في كلِّ سنةٍ، فيمسك أهل كلِّ صنعةٍ ما يكفيه إلى أن يتجدَّد له حاصله)).

(٢) قوله: «قوله: (فإن لم يجد.. أو بالهبة فليتأمَّل»: سقط من (ح٥)، وقوله: «لا يقال: هذا مخالفٌ... لا يجب تصدُّقه»: سقط من (ح٤)، وقوله: «كما يفصح عنه قول الزَّيلعيِّ»: سقط من (ح٢) و(ح٤).

(٣) «الأصل»: (٣/ ٤٠٢).

وعيالِه قوتَ يومٍ[١]، وصاحبُ المستغَلِّ[٢]: ما يحتاجُ إليه إلى وصول غلَّتِه، وأكثرُ ذلك شهرٌ، وصاحبُ الضِّياعِ[٣]: إلى وصولِ ارتفاعِه، وأكثرُ ذلك سنةٌ، وصاحبُ التِّجارة: إلى وصول مالِ تجارتِه.

(وصَحَّ الإيصاءُ بلا عِلمِ الوَصيِّ بهِ، لا التَّوكيلُ) أي: إن جعلَ شخصًا وصيًّا بعد موتِه[٤]، ولم يعلَمِ الوصيُّ بذلك، فباع شيئًا مِنَ التَّركة: يجوزُ بيعُه، بخلاف ما إذا وكَّلَ رجلًا بالبيع، ولم يعلَمِ الوكيلُ بذلك، فباع: لا يجوزُ بيعُه.

---

[١] قولُه: (قوتُ يومٍ)؛ لأنَّ يدَه تصلُ إلى ما يُنفقُ يومًا فيومًا.

[٢] قولُه: (وصاحبُ المستغَلِّ) يعني: صاحبَ الغلَّةِ الذي يملكُ الدُّور، والحوانيت، والبيوتَ التي يؤجِّرُها بشهرٍ؛ لأنَّ يدَه تصلُ إلى ما يُنفقُ شهرًا فشهرًا.

[٣] قولُه: (وصاحبُ الضِّياعِ) أي: الدِّهقان(١)؛ لأنَّ يدَه تصلُ إليه سنةً فسنةً، قيل: إيرادُ مسألةِ النَّذرِ في كتاب القضاءِ يحتاجُ إلى توجيهٍ وجيهٍ، وهو أنَّه ذكرَها باعتبار الفرقِ بينَها وبينَ الوصيَّةِ التي هي أختُ الميراث، وبهذا يظهرُ مناسبةُ إيرادِ مسألةِ التَّوكيلِ بقوله: «وصحَّ الإيصاء... إلخ»، وإلَّا: فما المناسبةُ بينَ هذا الكتابِ ومسألةِ التَّوكيل(٢)؟

[٤] قولُه: (بعد موتِه) أقول: هذا القيدُ اتِّفاقيٌّ، وإلَّا: فلا وصيَّ قبل الموت أبدًا، لعلَّه إنَّما أتى به؛ إشارةً إلى وجه الفرقِ بينَ الوصيَّةِ والتَّوكيل، وهو أنَّ الوصايةَ خلافةٌ لا نيابةٌ؛ لأنَّها مضافةٌ إلى زمان بطلانِ النِّيابة، والخلافةُ لا تتوقَّفُ على العلم بالتَّصرُّف، كما إذا تصرَّفَ الوارثُ بالبيع ولم يعلمْ موتَ المورِّث، فإنَّه صحيحٌ،

---

(١) وهو أهل الزِّراعة (مِنهُ).

(٢) هذا زبدة ما ذُكِرَ في مسألة النَّذر من «العناية»: (٧/ ٣٥٤) (مِنهُ).

وعند أبي يوسُف: لا يجوزُ بيعُ الوصيِّ أيضًا.

(وشُرِطَ خَبَرُ عَدلٍ[١] أو مَستورَينِ لعَزلِ الوَكيلِ، ولعِلمِ السَّيِّدِ بجِنايَةِ عَبدِهِ، والشَّفيعِ بالبَيعِ، والبِكرِ بالنِّكاحِ، ومُسلِمٍ لم يُهاجِر بالشَّرائعِ، لا لصِحَّةِ التَّوكيلِ) أي: إذا عزل الموكِّلُ الوكيل، فأخبرَه بذلك عدلٌ أو مستوران: لا يصحُّ تصرُّفُه بعد ذلك، ولو أخبرَه فاسقٌ أو مستورُ الحال: لا اعتبارَ لإخباره، حتَّى يجوزُ تصرُّفُه.

وكذا إذا جنى عبدٌ خطأً، فعلمَ السَّيِّدُ بجنايته بإخبار عدلٍ أو مستورَين، فباعَ السَّيِّدُ عبدَه: يكونُ مختارًا للفداء.

وكذا إذا علمَ الشَّفيعُ بيعَ الدَّارِ فسكتَ، إن أخبرَه عدلٌ أو مستوران: يكونُ سكوتُه تسليمًا.

وكذا في علم البِكرِ بإنكاحها إذا سكتَت.

والمسلِمُ الذي لم يُهاجِر(١) إذا أخبرَه عدلٌ أو مستوران: تجبُ عليه الشَّرائع.

أمَّا صحَّةُ التَّوكيلُ: لا يُشترَطُ لها ذلك، حتَّى إذا أخبرَه فاسقٌ بأنَّ فلانًا وكَّلَه

بخلاف الوكالة، فإنَّها إنابةٌ لقيام ولايةِ المستنيب، والإنابةُ تتوقَّفُ على العلم؛ لأنَّها لو توقَّفَتْ عليه: لم يفُتِ النَّظرُ؛ لقدرة الموكِّل، وفي الأولى لو توقَّفَتْ: فاتَ؛ لعجز الموصي.

[١] قولُه: (وشُرِطَ خَبرُ عَدلٍ) وإنَّما عدلَ منَ الشَّهادة إلى الخبر؛ إشارةً إلى أنَّه ليس بشهادةٍ حقيقةً، ولهذا لا يعتبَرُ فيه بعضُ شرائطِها(٢).

---

(١) في (ش٣) زيادة: «إلينا».

(٢) قوله: «قوله: (وشرط خبر عدلٍ) وإنَّما... شرائطها»: سقط من (ح٥).

بالبيع فباع: يجوزُ بيعُه؛ وذلك لأنَّه إنَّما يُشترَطُ العددُ والعدالةُ في الشَّهادة؛ لأنَّها إلزامٌ محضٌ، فلا بدَّ مِنَ التَّوكيل(١).

أمَّا التَّوكيلُ: فليس فيه معنى الإلزامِ أصلًا، فلا يُشترَطُ فيه شيءٌ من وصفَيِ الشَّهادة؛ أي: العددِ والعدالة.

وأمَّا عزلُ الوكيلِ ونحوِه: فإلزامٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، فمن حيثُ إنَّه لا تبقى له ولايةُ التَّصرُّف: يكونُ إلزامَ ضررٍ، ومن حيثُ إنَّ الموكِّلَ يتصرَّفُ في حقِّ نفسِه بالعزل: ليس بالإلزام، فشُرِطَ له أحدُ وصفَيِ الشَّهادة.

(ولا يَضمَنُ قاضٍ أو أمينُهُ إن باعَ عَبدًا للغُرَماءِ) أي: باع عبدًا للمديون لأجل الدَّائنينَ (وأخذَ ثَمَنَهُ فضاعَ واستُحِقَّ العَبدُ، فيَرجِعُ المُشتَري على الغُرَماءِ)؛ لأنَّه تعذَّرَ الرُّجوعُ على القاضي، فيضمنُ الغرماءُ؛ لأنَّ القاضيَ قد عمِلَ لهم، وأمينُ القاضي كالقاضي.

(وإن باعَ الوَصيُّ لهُم(٢) بأمرِ قاضٍ، فاستُحِقَّ العَبدُ، أو ماتَ قبلَ قَبضِهِ، فضاعَ ثَمَنُهُ: رَجَعَ المُشتَري على الوَصيِّ، وهو عليهِم)؛ لأنَّ العاقدَ هو الوصيُّ، فعليه الرُّجوع، والوصيُّ يرجعُ عليهم؛ لأنَّه عمِلَ لأجلهم.

(ولو أمَرَكَ[١] قاضٍ عالِمٌ عَدلٌ(٣) بِفِعلٍ قَضى به على هذا مِن رَجمٍ، أو قَطعٍ،

---

[١] قولُه: (ولو أمَرَكَ... إلخ) هذا شروعٌ في المسائل المتفرِّقةِ التي يجمعُها أصلٌ واحدٌ يتعلَّقُ بكتاب القضاء، وهو أنَّ قولَ القاضي بانفراده قبل العزل وبعده: مقبولٌ أو لا.

---

(١) في (ش١): «التأكيد»، وفي (ش٣): «الوصفين».
(٢) أي: باع الوصيُّ العبد للغرماء. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢١٧).
(٣) في (م١) و(م٢): «عادِل».

أو ضَربٍ: وَسِعَكَ فِعلُهُ، وصُدِّقَ قاضٍ(١) عَدلٌ جاهِلٌ سُئلَ فأحسَنَ تَفسيرَهُ(٢)[١]، ولم يُصَدَّق(٣) قَولُ غيرِهِما) القاضي إمَّا:

١- عالمٌ عدلٌ.
٢- أو جاهلٌ عدلٌ.
٣- أو عالمٌ غيرُ عدلٍ.
٤- أو جاهلٌ غيرُ عدلٍ.

فالأوَّل: إن قال لك: «قضيتُ بقطع يدِ زيدٍ، فاقطَع يدَه»: جاز لك قطعُ يدِه.

والقاضي الثَّاني: إن قال هذا، فلا بدَّ أن تسألَه عن سببه، فإن أحسنَ تفسيرَه: وجبَ تصديقُه، فيجوزُ لك قطعُ يدِه.

وأمَّا الأخيران: فلا يُقبَلُ قولُهما.

(وصُدِّقَ قاضٍ عُزِلَ، وقالَ لزَيدٍ: «أخذتُ منكَ ألفًا قَضيتُ بهِ لعَمرٍو، ودَفعتُهُ إليهِ»، أو قالَ له(٤): «قَضيتُ بقَطعِ يَدِكَ في حَقٍّ»، وادَّعى زَيدٌ أخْذَهُ وقَطْعَهُ ظُلمًا، وأقَرَّ بكَونِهِما في قَضائهِ)؛ لأنَّ زيدًا لمَّا أقرَّ: يكونُ الأخذُ والقضاءُ بقطع اليدِ في زمان قضائه، فالظَّاهرُ أنَّ القاضيَ لا يظلِمُ[٢]، فالقولُ للقاضي، أمَّا إذا لم يُقرَّ

---

[١] **قولُه**: (فإن أحسَنَ تَفسيرَه) أي: تفسيرَ قضائه على وجهٍ اقتضاه الشَّرع؛ كأن يقولَ مثلًا: «ثبتَ عندي بالحُجَّة أنَّه سرقَ نصابًا من حرزٍ لا شبهةَ فيه».

[٢] **قولُه**: (فالظَّاهرُ أنَّ القاضيَ لا يظلِم) والقولُ لمَن شهدَ له الظَّاهر؛ لأنَّه ثبتَ فعلُه في قضائه بالتَّصادق، ولا يمينَ على القاضي؛ لأنَّ إيجابَها عليه يُفضي إلى

---

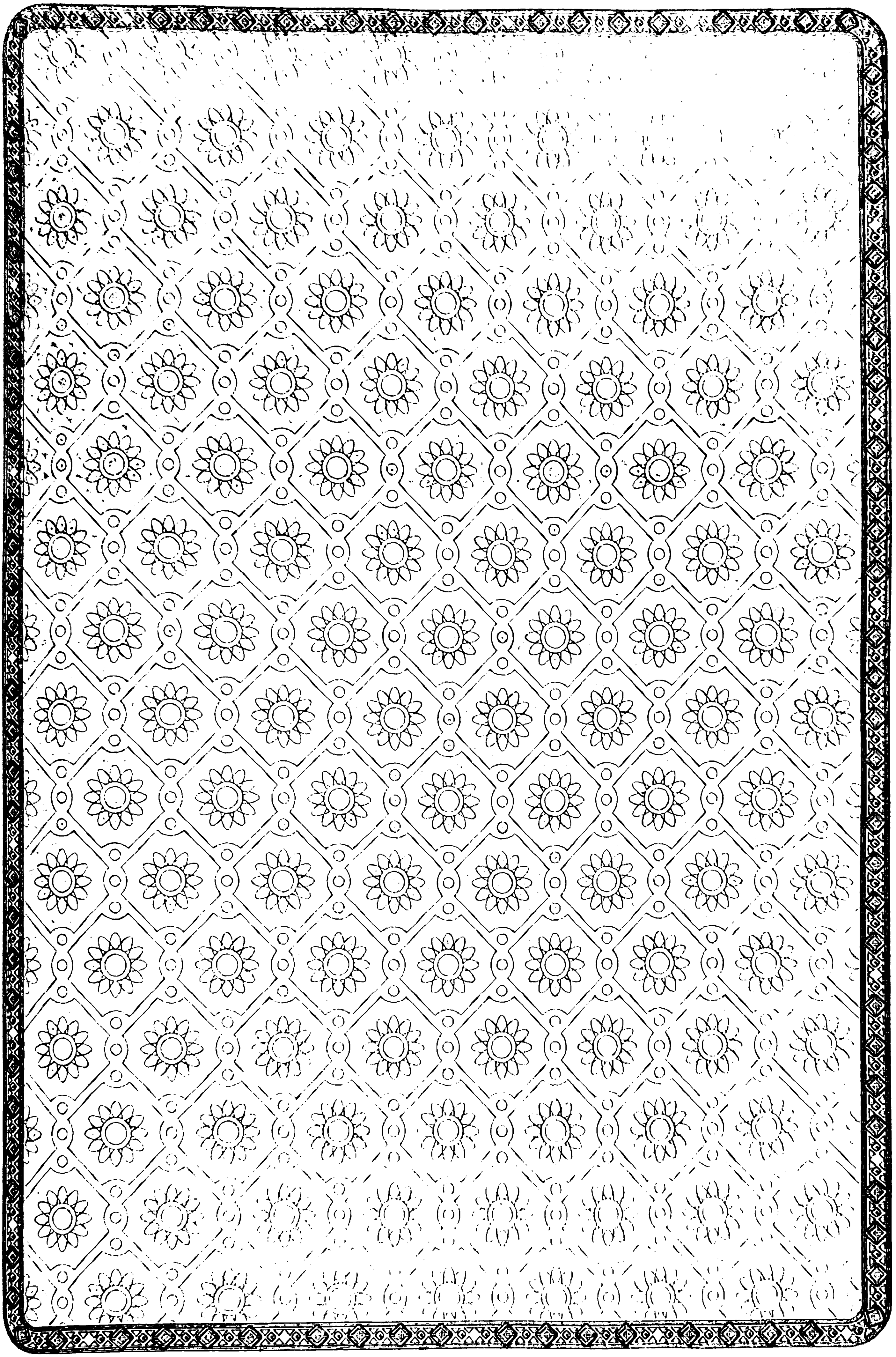
(١) في (ش٥): «قول».
(٢) في (ش١): «تعبيره».
(٣) في (م١) و(م٢): «ولم يُقبل».
(٤) أي: قال القاضي لزيدٍ.

بكونهما في زمان قضائه، بل قال: «إنَّما فعلتُ هذا(١) قبلَ التَّقليد»، أو: «بعدَ العزل»: فإن أقام بيِّنةً على هذا: فالقاضي يكونُ مُبطِلًا في هذا الفعل، وإن لم تكن له بيِّنةٌ: فالقولُ للقاضي[١].

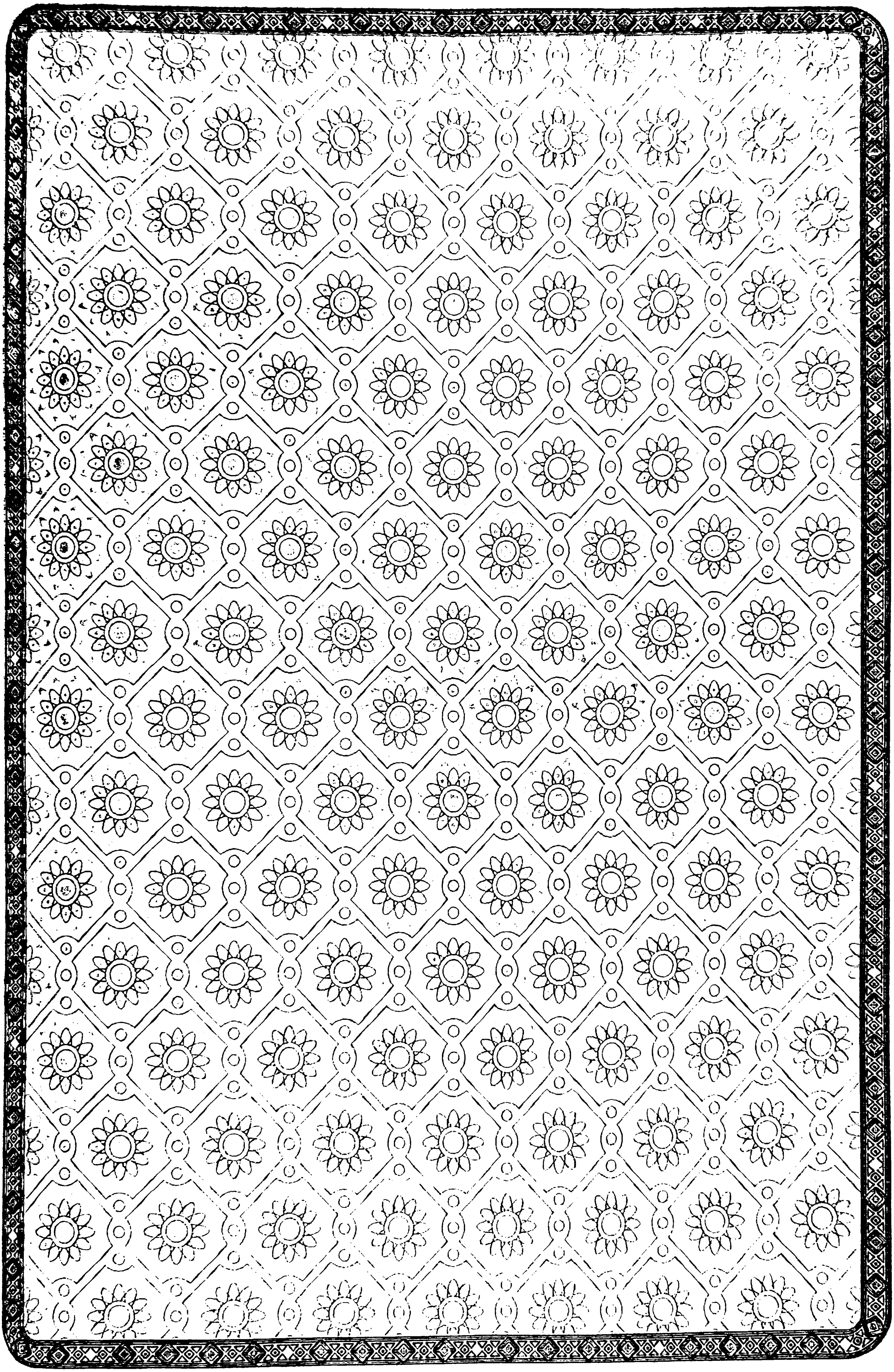
تعطيل أمورِ النَّاسِ بامتناع الدُّخولِ في القضاء.

[١] **قولُه**: (وإن لم يكنْ له بيِّنةٌ: فالقولُ للقاضي) يعني: في الصَّحيح؛ لأنَّ القاضيَ أسندَ فعلَه إلى حالةٍ منافيةٍ للضَّمان؛ لما مرَّ أنَّ حالةَ القضاءِ تُنافي الضَّمانَ، فالقاضي بذلك الإسنادِ منكِرٌ، والقولُ للمنكِرِ.

(١) «هذا»: سقط من (ش٤).



كتاب الشهادة والرجوع عنها



كتاب الشهادة والرجوع عنها

(هي إخبارٌ بحَقٍّ للغَيرِ[1] على آخَرَ)[2] الإخباراتُ ثلاثةٌ:

١- إمَّا بحقٍّ للغيرِ على آخَر، وهو الشَّهادة.

٢- أو بحقٍّ للمخبِرِ على آخَر، وهو دَعوى.

٣- أو بالعكس، وهو الإقرار.

كتاب الشهادة والرجوع عنها[3]

إنَّما أوردَه عَقيبَ كتابِ القضاء؛ إذِ القاضي يحتاجُ في قضائه إلى شهادة الشُّهودِ عند إنكار الخصم.

وهو في اللُّغة: إخبارٌ بصحَّة الشَّيءِ عن مشاهدةٍ وعِيانٍ، ولهذا قالوا: إنَّها مشتقَّةٌ منَ المشاهدة التي تُنبئُ عنِ المعاينة، وفي اصطلاح الفقهاء: إخبارٌ صادقٌ في مجلسِ الحكمِ بلفظ الشَّهادة.

وحكمُها: وجوبُ الحكمِ على القاضي بموجَبها بعد التَّزكية، والقياسُ يأبى كونَها حُجَّةً ملزِمةً؛ لأنَّه خبرٌ يحتملُ الصِّدقَ والكذب، ولكنَّه بالنُّصوص والإجماع، كذا في «التَّبيين»[4].

---

(١) أي: لغير المُخبِر. وفي بعض نُسخ الشَّرح: «الغير».

(٢) في (ش٢) و(ش٤) زيادة: «أما».

(٣) قوله: «والرُّجوع عنها»: سقط من (ح٢) و(ح٣) و(ح٥) و(ف).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٠٧).

(وتَجِبُ بطَلَبِ المُدَّعي[1]، وسَترُها في الحُدودِ أبرُّ(١)) أي: أفضلُ[2] (ويَقولُ في السَّرِقَةِ: «أَخَذَ»، لا: «سَرَقَ») إنَّما يقول: «أخذَ»؛ لئلَّا يضيعَ حقُّ المالك، ولا يقول: «سرقَ»؛ لئلَّا يجبَ الحدُّ.

(ونِصابُها:

[1] قولُه: (وتَجِبُ بطَلَبِ المُدَّعي(٢)) قيل: إنَّما يُشترَطُ طلبُه؛ لأنَّه حقُّه، فيتوقَّفُ على طلبه؛ كسائرِ الحقوق، ونوقِضَ بما إذا علمَها الشَّاهدُ ولم يعلمْ بها المدَّعي، ويعلمُ الشَّاهدُ أنَّه إن لم يشهدْ: يضيعُ حقُّه، فإنَّه يجبُ عليه الشَّهادة، ولا طلبَ ثمَّة.

وأُجيب: بأنَّه ملحَقٌ بما هو المطلوبُ دلالةً، فإنَّ الموجِبَ للأداء عند الطَّلب: إحياءُ الحقِّ، وهو فيما ذكرتُم موجودٌ، فكان في معناه، فأُلحِقَ به.

[2] قولُه: (أي: أفضلُ) واستدلَّ عليه الأكملُ(٣): ((أوَّلًا: بالنَّقل، وهو قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن سترَ على مسلمٍ: سترَ الله عليه في الدُّنيا والآخرة»(٤)(٥).

(١) «أبر»: سقط من (ش١)، وفي (م١) و(م٢): «أفضل».

(٢) أي: أداء الشَّهادة فرضٌ يلزم الشُّهود بحيث لا يسعهم كتمانه، واستدلَّ بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ أي: ليقيموا الشَّهادة، وبقوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وهو بظاهره يدلُّ على النَّهي عن كتمانها على وجه المبالغة، والنَّهي عن أحد النَّقيضين -وهو الكتمان-: يستلزم ثبوت نقيض الآخر؛ لئلَّا يرتفع النَّقيضان، كذا في «العناية»: (٧/ ٣٦٥) (مِنهُ).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٦٧) باختصارٍ.

(٤) أخرجه مسلمٌ (٢٦٩٩) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٥) وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي يشهد عنده: «لو سترته بردائك: لكان خيرًا لك»* وما نُقِلَ من تلقين الدَّرء عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأصحابه، فإنَّ فيها دلالةً ظاهرةً على أفضليَّة السَّتر، وههنا أسئلةٌ وأجوبةٌ مذكورةٌ في «العناية»: (٧/ ٣٦٧)، فليُطلَب منها (مِنهُ).

* والحديث أخرجه أبو داود (٤٣٧٧) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

- للزِّنا: أربَعَةُ رِجالٍ[١].

- وللقَوَدِ(١) وباقي الحُدودِ: رَجُلانِ[٢].

- وللبَكارَةِ، والوِلادَةِ[٣]، وعُيوبِ النِّساءِ فيما لا يَطَّلِعُ الرِّجالُ: امرَأةٌ) إنَّما قال هذا؛ لأنَّ عيوبَ النِّساءِ إن كانت مِمَّا(٢) يطَّلعُ عليه الرِّجال؛ كالإصبع الزَّائدةِ مثلًا: لا تكفي شهادةُ امرأةٍ.

وثانيًا: بالعقل، وهو أنَّ السَّترَ والكتمانَ إنَّما يحرُمُ؛ لخوف فواتِ حقِّ المحتاجِ إلى الأموال، واللهُ تعالى غنيٌّ عنِ العالَمين، وليس ثمَّةَ خوفُ فواتِ الحقِّ، فبقيَ صيانةُ عِرضِ أخيه المسلم، ولا شكَّ في فضل ذلك)) انتهى.

[١] قولُه: (للزِّنا: أربَعَةُ رِجالٍ(٣)) وإنَّما شُرِطَتْ فيه دونَ سائرِ الحدودِ كقتلِ العمدِ وغيرِه، قيل: الظَّاهرُ منه أنَّه تعالى يُحبُّ السَّترَ على عباده، ولا يرضى بإشاعة الفاحشة.

[٢] قولُه: (وباقي الحُدودِ: رَجُلانِ(٤))؛ كحدِّ الشُّرب، والسَّرقة، وحدِّ القذف.

[٣] قولُه: (والوِلادَةِ) بأن يقول: «ولدَت هذه المرأةُ هذا الولد»، قال الزَّيلعيُّ: ((ويُقبَلُ في الولادة شهادةُ رجلٍ واحدٍ أيضًا؛ لأنَّه إذا جاز قَبولُ شهادةِ امرأةٍ واحدةٍ: فأَولى أن تُقبَلَ شهادةُ رجلٍ.

(١) أي: القصاص في النَّفس والطَّرف. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٥٢٦).

(٢) «مما»: في (ش٤): «فيما».

(٣) لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، ولقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] (مِنهُ).

(٤) لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] (مِنهُ).

(ولغيرِها(١): مـالًا أو غيرَ مـال؛ كنِكاحٍ، ورَضـاعٍ، وطَـلاقٍ، ووَكـالَـةٍ، ووَصيَّةٍ[١]: رَجُلانِ، أو رَجُلٌ وامرَأتانِ) إنَّما قال: «مالًا أو غيرَ مالٍ»؛ لأنَّ فيه خلافَ الشَّافعيِّ، فإنَّ غيرَ المالِ لا تُقبَلُ فيه شهادةُ رجلٍ وامرأتَينِ عنده، بل هذا(٢) مخصوصٌ بالمال(٣)[٢].

(وشُـرِطَ لـلـكُلِّ الـعَـدالَـةُ، ولَـفـظُ الـشَّـهـادَةِ) اعـلـم أنَّ الـعـدالـةَ[٣]

ذخيرة العقبى

ثمَّ اختلفوا فيما إذا تعمَّدَتِ النَّظر، قال بعضُهم: تُقبَلُ كما في الزِّنا))، كذا في «التَّبيين»(٤).

[١] قولُه: (ووَصيَّةٍ) يعني بها: الإيصاءَ لا الموصى به؛ لأنَّه مالٌ وما في معناه، وهو في تَعدادِ غيرِهما.

[٢] قولُه: (بل هذا مخصوصٌ بالمال) أي: وتوابعِه أيضًا؛ كالإعارة، والإجارة، والكفالة، والأجل، وشرطِ الخيار.

[٣] قولُه: (اِعلَمْ أنَّ العدالةَ... إلخ) وهي كونُ حسَناتِ الرَّجلِ أكثرَ من سيِّئاتِه، وهذا يتناولُ الاجتنابَ عنِ الكبائر، وتركَ الإصرارِ على الصَّغائر، وقيل: هي الامتناعُ عمَّا يُعتقَدُ حرمتُه(٥).

(١) أي: نصاب الشَّهادة لغير المذكورات. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٢٢).
(٢) في (ش٣) و(ش٤): «هو».
(٣) ينظر: «الأم»: (٧/ ٥١).
(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٠٩) باختصار.
(٥) كذا في الشُّروح (مِنهُ). ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٧٥)، و«النِّهاية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٨).

عندنا شرطٌ[١] لوجوب القَبول، لا لصحَّة القَبول، فغيرُ العدلِ يجبُ(١) على القاضي ألَّا يقبلَ[٢] شهادتَه، أمَّا إن قبِلَ وحكمَ به: صحَّ حكمُه.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (شرطٌ عندنا(٢)) أقول: إنَّما قيَّدَ به؛ لأنَّ عند الشَّافعيِّ هو شرطُ صحَّةِ القَبول(٣)، حيثُ لا يجوزُ شهادةُ الفاسقِ عنده كقضائه، كما سبقَ في أوَّل كتابِ القضاء، وروى صاحبُ «الهدايةِ»(٤): ((عن الثَّاني: أنَّ الفاسقَ إذا كان وجيهًا في النَّاس ذا مروءةٍ: تُقبَلُ شهادتُه؛ لأنَّه لا يُستأجَرُ لوجاهته، ويمتنعُ عنِ الكذب لمروءته، والأصحُّ عدمُ القَبولِ منه(٥))).

[٢] قولُه: (يجبُ على القاضي ألَّا يقبل) أقول: الظَّاهرُ أن يقول: «لا يجبُ على القاضي أن يقبلَ»، أو يقول: «ينبغي ألَّا يقبل»، اللَّهمَّ إلَّا أن يكونَ المعنى: يجبُ على القاضي الذي يُريدُ أن يحكمَ بلا ارتكابِ إثمٍ أن لا يقبلَ... إلخ، يؤيِّدُه تقييدُ قولِهم ههنا: صحَّ حكمُه بقولهم، لكنَّه يأثم، كما فُهِمَ من تقرير الشَّارحِ في أوَّل كتابِ القضاء(٦).

---

(١) في (ش٣): «لا يجب».

(٢) ودليل اشتراطها قوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والفاسق ليس بمرضيٍّ، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، كذا في «العناية»: (٧/ ٣٧٥)، و«الغاية»: (١١/ ٢٣٥) (مِنهُ).

(٣) ينظر: «العزيز شرح الوجيز»: (١٣/ ٦).

(٤) «الهداية»: (٣/ ١١٧).

(٥) لأنَّ قَبولَها إكرامٌ للفاسق، ونحن أُمِرنا بخلاف ذلك، قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا لقيت الفاسق: فالقَه بوجهٍ مكفهرٍّ»، كذا في «العناية»: (٧/ ٣٧٥) (مِنهُ).

والحديث أخرجه الطَّبرانيُّ في «الكبير»: (٨٥٨٠) بلفظ: «الفاجر»، والبيهقيُّ في «الشُّعب» بنحوه (٨٩٢٥) من كلام ابن مسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٦) ينظر: (٤/ ٣٠٣) والتي بعدها.

(فلم يُقبَل[١] إن قالَ: «أعلَمُ»، أو: «أتيَقنُ»، ولا يَسألُ قاضٍ عن شاهِدٍ بلا طَعنِ الخَصمِ) أي: لا يسألُ القاضي ولا يتفحَّصُ أنَّ الشَّاهدَ عدلٌ أو غيرُ عدلٍ إذا لم يطعَنِ الخصمُ فيه (إلَّا في حَدٍّ وقَوَدٍ[٢]).

وقالا: يَسألُ في الكُلِّ سِرًّا وعَلانيَةً، وبه يُفتى في زَمانِنا، ويَكفي سِرًّا) فإنَّه قد قيل: تزكيةُ العلانيَةِ بلاءٌ وفتنةٌ، فإنَّ المزكِّيَ إن أعلنَ بمساوئِ الشَّاهد: يُهيِّجُ[٣] بينهما عداوةً وبغضاءَ، وربَّما يمنعُه الخوفُ أوِ الحياءُ أو غيرُهما عن أن يقولَ في الشَّاهد ما هو حقٌّ.

(وكَفى للتَّزكيَةِ: «هو عَدلٌ» في الأصَحِّ) فإنَّه قد قيل: لا بدَّ أن يقولَ: «هو عدلٌ جائزُ الشَّهادةِ»، لكنَّ الأصحَّ هو الأوَّل؛ لأنَّ الحرِّيَّةَ تثبُتُ بدار الإسلام، فإذا قال: «هو عدلٌ»: يكونُ جائزَ الشَّهادة.

(ولا يَصِحُّ تَعديلُ الخَصمِ[٤] بقَولِهِ: «هو عَدلٌ لكنْ(١) أخطَأَ أو نَسيَ»، فإن

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فلم يُقبَلْ) تفريعٌ على اشتراط لفظِ الشَّهادةِ فقط.

[٢] قولُه: (إلَّا في حَدٍّ وقَوَدٍ) أي: يسألُ القاضي عن عدالة الشَّاهِدِ فيهما وإن لم يطعنِ الخصم؛ لأنَّهما مندفعتانِ بالشُّبهات، فيسألُ عنها عسى يطَّلعُ على ما سقط به ذلك، كذا في «العناية»(٢).

[٣] قولُه: (يُهيِّجُ) - بالجيم - أي: يحدثُ ويتحرَّك.

[٤] قولُه: (ولا يَصِحُّ تَعديلُ الخَصمِ)؛ لأنَّ في زعم المدَّعي وشهودِه أنَّ الخصمَ

(١) «لكن»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤). و(م١)
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٧٨).

قالَ: «عَدلٌ صَدَقَ»[١]: ثَبَتَ(١) الحَقّ[٢].

وكَفى واحِدٌ للتَّزكيَةِ وتَرجَمَةِ الشَّاهِدِ[٣] والرِّسالَةِ[٤] إلى المُزَكِّي، والاثنانِ أحوَطُ) هذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف.

وأمَّا عند محمَّدٍ: يجبُ الاثنان، وهذا في تزكية السِّرِّ.

أمَّا في تزكيةِ العلانيَةِ: فقد قال الخصَّاف: يجبُ الاثنانِ إجماعًا؛ لأنَّها في

كاذبٌ في إنكاره، مبطلٌ في إصراره، فلا يصلحُ معدِّلًا؛ لاشتراط العدالةِ فيه بالاتِّفاق.

[١] **قولُه**: («عَدلٌ صَدَق») على صيغة الماضي.

[٢] **وقولُه**: (ثَبَتَ الحَقُّ)؛ لوجود الاعتراف، فيُقضى بإقراره لا بتزكيته، أمَّا لو قال: «هو عدلٌ» ولم يزِدْ عليه شيئًا: لا يلزمُه شيءٌ.

[٣] **قولُه**: (تَرجَمةِ الشَّاهِدِ) وهي - بفتح الجيم -: تفسيرُ الكلامِ بلسان آخرَ إذا لم يعرفْها القاضي أو أحدُ الخصمَين، كذا في «شروح المجمَع»(٢).

[٤] **قولُه**: (والرِّسالَةِ) أي: كفى واحدٌ أيضًا في الرِّسالة منَ القاضي إلى المزكِّي ومنَ المزكَّى إليه، كذا في «البيانيَّة»(٣).

وأمَّا عند محمَّدٍ: يجبُ الاثنان، وأيضًا يُشترَطُ في المزكَّى عنده الذُّكورةُ في الحدود، والأربعةُ في تزكية شهودِ الزِّنا، كذا في «العناية»(٤).

---

(١) في (ش٥): «يثبت».

(٢) «شرح المجمع» لابن السَّاعاتيِّ: (٩/ ٢٢٦)، و«شرح المجمع» لابن ملَكٍ: (ق: ٢٥٥).

(٣) «غاية البيان»: (١١/ ٢٤٥).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٨١).

معنى الشَّهادة، حتَّى لا يصحُّ تزكيةُ العلانيةِ مِنَ العبد[١]، ولا بدَّ أن يكونَ[٢] المزكِّي عدلًا، ولا تُقبَلُ تزكيةُ الفاسقِ ومستورِ الحال.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (حتَّى لا تصحُّ تزكيةُ العلانيةِ من العبد) وأمَّا تزكيةُ السِّرِّ: فلا يُشتَرَطُ في المزكِّي فيها أهليَّةُ الشَّهادة، فصلَحَ العبدُ مزكِّيًا لمولاه وغيرِه، والوالدُ لولده وعكسُه، كذا في «الأكمليَّة»(١).

[٢] **قولُه**: (فلا بدَّ أن يكونَ... إلخ) كلامٌ مبتدأٌ، وليس من تتمَّة كلامِ الخصَّاف.

---

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٨٢).

[فصلٌ
في بيان أنواعِ ما يتحمّله الشّاهد]

(ولِمَن سَمِعَ بَيعًا، أو إقرارًا، أو حُكمَ قاضٍ، أو رَأى غَصبًا، أو قَتلًا: أن يَشهَدَ به وإن لم يُشَهَّد عليه) فقولُه: «أن يشهَدَ» مبتدأٌ، «ولِمَن سمِعَ» خبرُه مقدَّمًا عليه، وسماعُ البيعِ أنَّه قد سمعَ قولَ البائع: «بعتُ»، وقولَ المشتري: «اشترَيتُ» (ويَقولُ: «أشهَدُ»، لا «أشهَدَني»[١]) أي في صورة: لم يُشهِّدِ المشهودُ عليه[٢].

(ولا يَشهَدُ على الشَّهادَةِ ما لم يُشَهَّد عليها، فلا يَشهَدُ عليها مَن سَمِعَ شَهادَةَ شاهِدٍ، أوِ الإشهادَ على الشَّهادَةِ) أي: سمعَ رجلٌ أداءَ الشَّهادةِ عند القاضي: لا يسعُ(١) له أن يشهدَ على شهادته.

وكذا إن سمِعَ إشهادَ الشَّاهِدِ رجلًا آخرَ على شهادته: لا يسعُ له أن يشهدَ على شهادته؛ لأنَّه ما حمَّلَه، وإنَّما حمَّلَ غيرَه.

(ولا يَشهَدُ مَن رَأى خَطَّهُ، ولم يَذكُر شَهادَتَهُ) هذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الخطَّ يُشبهُ الخطَّ.

---

[١] **قولُه**: (لا «أشهَدَني») يعني: إذا سمعَ المبايعةَ ولم يشهدْ عليها، واحتيجَ إلى الشَّهادة: يقولُ الشَّاهد: «أشهدُ أنَّه باع»، ولا يقول: «أشهدني»؛ لأنَّه كذبٌ.

[٢] **قولُه**: (لم يُشهِّدْه المشهودُ عليه) هكذا وقعَ في جميع النُّسخِ التي رأيناها، والظَّاهرُ أنَّه لم يَدلَّ(٢) عليه، فليُتأمَّلْ.

---

(١) قوله: «لا يسع» في (ش٢) و(ش٣): «لا ينبغي».
(٢) قوله: «أنَّه لم يدلَّ» في (ح٣) و(ح٥) ونسخة الفاتح (ف): «له بدل»، وفي (ح٤): «لا يدلُّ».

وعندهما: يحلُّ إذا علمَ أنَّ هذا خطُّه؛ لأنَّ التَّغييرَ فيه نادرٌ.

وقيل: ما ذُكِرَ أنَّه لا يشهدُ: لا خلافَ فيه، وإنَّما الخلافُ فيما وجدَ القاضي شهادتَه في ديوانه؛ لأنَّ ما يكونُ تحتَ ختمِه: يؤمَنُ عليه التَّغيير، بخلافِ الصَّكِّ، فإنَّه في يد الخصم.

(ولا بالتَّسامُعِ(١) بلا عِيانٍ[١] إلَّا في النَّسَبِ[٢]، والمَوتِ، والنِّكاحِ، والدُّخولِ، ووِلايَةِ القاضي، وأصلِ الوَقفِ إذا أخبرَهُ بِها(٢) عَدلانِ[٣]، أو رَجُلٌ وامرأتانِ) إذا كانوا عدولًا.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه:** (بلا عِيانٍ) - بكسر العين - من: عاينتُ الشَّيءَ عِيانًا؛ إذا رأيتَه بعينك.

[٢] **قولُه:** (إلَّا في النَّسَبِ... إلخ) والقياسُ أنَّه لا يجوزُ؛ لعدم العلمِ والمشاهدة.

وجهُ الاستحسان: أنَّ هذه الأمورَ السِّتَّةَ ممَّا يختصُّ بمعاينة أسبابِها خواصٌّ منَ النَّاس، فلو لم يُعتبَرْ فيها التَّسامع: أدَّى إلى الحرج وتعطيلِ الأحكام؛ إذ قد يتعلَّقُ بها أحكامٌ تبقى على انقضاء القرونِ؛ كالإرثِ في النَّسب، والموت، والنِّكاح، وكثبوتِ المِلكِ في قضاء القاضي، وكمالِ المهرِ والعدَّة، وثبوتِ الإحصانِ والنَّسبِ في الدُّخول، وكعدمِ تضييعِ الحقوقِ في الوقف، فلو لم يُقبَلْ فيها الشَّهادةُ بالتَّسامع: أدَّى إلى ذلك، وهو باطلٌ، بخلاف البيع؛ لأنَّه ممَّا سمعَه كلُّ أحدٍ، كذا في «الأكمليَّة»(٣).

[٣] **قولُه:** (إذا أخبرَ بها عَدلانِ) قال الأكمل(٤): ((وهذا على قول أبي يوسفَ

---

(١) أي: لا يشهد بالسَّماع. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٢٨).

(٢) في بعض نسخ الشَّرح: «به».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٨٩).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٩٠).

والمرادُ بأصل الوقف: أنَّ هذه الضَّيعةَ وقفٌ على كذا، فبيانُ المصرِفِ داخلٌ في أصل الوقف[١]، أمَّا الشُّروطُ[٢]: فلا تحلُّ فيها الشَّهادةُ بالتَّسامع.

(ويَشهَدُ رائي جالِسٍ[٣] مَجلِسَ القَضاءِ، يَدخُلُ عليه الخُصومُ أنَّهُ قاضٍ[٤]،

ذخيرة العقبى

ومحمَّدٍ، وأمَّا على قول أبي حنيفة: فلا تجوزُ الشَّهادةُ ما لم يُسمَعْ ذلك منَ العامَّة، بحيثُ يقعُ في قلبه صدقُ الخبر)) انتهى.

فنقول: فهذه منَ المسائل التي تركَ المصنِّفُ فيها عادتَه من إيراد المتنِ على مذهب الأعظم، والتَّصريحِ بما إذا أوردهَ على قول صاحبَيه.

[١] **قولُه:** (داخلٌ في أصلِ الوقف) حتَّى لو لم يقولوا: «وقفَها على هذا المسجد»، أو «المقبرة»، أو نحو ذلك: لم تُقبَلْ شهادتُهم.

[٢] **قولُه:** (أمَّا الشَّروطُ... إلخ) يعني: لا ينبغي أن يقولَ بالتَّسامع: «أشهدُ أنَّ الواقفَ شرطَ أن يصرفَ من غلَّته إلى فلانٍ كذا، وإلى فلانٍ كذا»، ولو فعلَه: لا تُقبَل؛ لأنَّ مبنى جنسِ هذه الشَّهادةِ على الاشتهار، وهو لا يتأتَّى غالبًا إلَّا في أصله، لا في شرائطه.

[٣] **قولُه:** (ويَشهَدُ رائِي جالِسٍ... إلخ) **أقول:** لمَّا فرغَ من بيانِ الشَّهادةِ بالعِيان والتَّسامع: شرعَ في بيان نوعٍ ثالثٍ منها، وهو الشَّهادةُ التي يشهدُ بها الشَّاهدُ بمجرَّد نظرِه إلى ظاهر حالِ المشهودِ به، معتمدًا على فِراسة نفسِه بلا تمسُّكٍ بشيءٍ(١) آخر.

[٤] **قولُه:** (أنَّه قاضٍ) أي: وإن لم يُعاينْ تقليدَ الإمامِ إيَّاه.

---

(١) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): ((شيء)).

ورَجُلٍ وامرَأةٍ يَسكُنانِ بَيتًا، وبينَهُما انبِساطُ الأزواجِ أنَّها عِرسُهُ[١]، وشَيءٍ سوى الرَّقيقِ في يَدِ مُتَصَرِّفٍ كالمُلَّاكِ أنَّهُ لهُ).

فقولُه: «ورجلٍ وامرأةٍ» عطفٌ على قوله: «جالسٍ».

وقولُه: «أنَّها عِرسُه» عطفٌ على قوله: «أنَّه قاضٍ»، فهذا من باب العطفِ على معمولَي عاملَينِ مختلفَين، والمجرورُ مقدَّمٌ، فإنَّ «جالسٍ» معمولُ «رائي»، و «أنَّه قاضٍ» معمولُ «يشهد».

وإنَّما قال: «سوى الرَّقيق»؛ لأنَّ الآدميَّ له يدٌ على نفسه، فيدفعُ يدَ الغيرِ عن(١) نفسه، والمرادُ إنسانٌ يُعبِّرُ عن نفسه[٢]، حتَّى لو لم يُعبِّر عن نفسه؛ كالصَّغير والصَّغيرة: فإنَّهما لا يدَ لهما، فتُعتبَرُ يدُ الغير.

---

[١] قولُه: (أنَّها عِرسُهُ) أي: وإن لم يُشاهدِ العقد، حتَّى إن سألَه القاضي: «هل كنتَ حاضرًا وقتَ العقد؟» وأجابَ بالنَّفي: تُقبَلُ شهادتُه؛ لأنَّه يحلُّ له أن يشهدَ بالتَّسامع إذا لم يُفسِّرْ به؛ كما يُشهَدَ(٢) بأمَّهات المؤمنينَ أنَّها أزواجُ النَّبيِّ ﷺ، فعلى الرُّؤية أولى.

وقيل: لا تُقبَل؛ لأنَّه لمَّا قال: «لم نُعاينِ العقدَ»: تبيَّنَ للقاضي أنَّه يشهدُ به بالتَّسامع، ولو فسَّرَ: لا تُقبَل، فكذا هذا.

[٢] قولُه: (إنسانٌ يُعبِّرُ عن نفسِه) عاقلًا غيرَ بالغٍ كان أو بالغًا، فذلك مصرفُ الاستثناءِ بقولِه: «سوى الرَّقيق» أي: العبدِ والأمة، فإنَّ اليدَ في ذلك لا تدلُّ على

---

(١) في (ش٢) و(ش٤): «على».

(٢) في (ح٢): «نشهد»، وفي (ح١): «شهد»، وفي (ح٥): «تشهد».

(فإن فَسَّرَ للقاضي شَهادَتَهُ[١] بالتَّسامُعِ، أو بحُكمِ اليَدِ: بَطَلَت) أقول: هذا[٢] يؤكِّدُ قولَ أبي يوسُف: إنَّ بمجرَّد اليدِ لا تحلُّ الشَّهادة، بل يُشترَطُ أن يقعَ في قلبه أنَّه ملكُه، فإنَّه قد قيل: إنَّ قولَ أبي يوسُفَ تفسيرٌ لإطلاق قولِ(١) محمَّدٍ[٣] في

الملك؛ لأنَّهما في أيدي أنفسِهما، وذلك يدفعُ يدَ الغيرِ عنهما حكمًا، حتَّى أنَّ الصَّبيَّ الذي يعقلُ إن أقرَّ بالرِّقِّ على نفسه لغيره: جاز، ويصنعُ به المقرُّ له ما يصنعُ بمملوكه.

[١] قولُه: (فإن فَسَّرَ للقاضي شَهادَتَهُ... إلخ) بأن قال في جميع ما ذُكِرَ من قوله: «إلَّا في النَّسب» إلى قوله: «وشيءٍ سوى الرَّقيق»: «أشهدُ به؛ لأنِّي سمعتُه كذلك»، ومعنى التَّفسيرِ بحكم اليد: أن يقول: «أشهدُ به؛ لأنِّي(٢) رأيتُه في يده».

[٢] قولُه: (أقول: هذا) أي: بطلانُ الشَّهادةِ بالتَّفسير.

[٣] قولُه: (إنَّ قولَ أبي يوسفَ تفسيرٌ لإطلاقِ قولِ محمَّدٍ) أقول: المرادُ بقولِ أبي يوسفَ: هو قولُه: «بمجرَّد اليد» إلى قوله: «إنَّه ملكُه»، وبإطلاق محمَّدٍ: ما ذكرَه المصنِّفُ بقوله: «ويشهدُ رائي رائي شيءٍ سوى الرَّقيقِ في يد متصرِّفٍ كالمُلَّاكِ أنَّه له»، ومعنى كونِه تفسيرًا له أنَّ معنى قولِه: «يشهدُ أنَّه له»: يشهدُ لو وقعَ في قلبه برؤيته في يده أنَّه مِلكٌ له، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٣).

(١) «قول»: سقط من (ش٣) و(ش٤).
(٢) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): ((لأنَّه)).
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٩٤).

روايةٍ؛ وذلك لأنَّ مجرَّدَ اليدِ[١] لو كان سببًا: لَما أُبطِل؛ إظهارًا لسبب الشَّهادة(١)، فإذا بيَّنَ أنَّه يشهدُ بمجرَّد اليد: بطلَت شهادتُه.

(ومَن شَهِدَ أنَّه شَهِدَ(٢) دَفنَ زَيدٍ، أو صَلَّى عليه: قُبِلَت[٢] وإن فَسَّرَ به(٣) وهو عِيانٌ)؛ لأنَّ معاينةَ الموتِ لا تكونُ إلَّا من واحدٍ، أوِ اثنين، فحضورُ الدَّفنِ

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وذلك لأنَّ مجرَّدَ اليدِ) إلى قوله: (بطلَت)، وذلك لأنَّ الشَّهادةَ بلا علمٍ أو غلبةِ ظنٍّ: لا تجوز؛ لقوله ﷺ: «**إذا علمتَ مثلَ الشَّمس: فاشهدْ، وإلَّا: فدَعْ**»(٤).

ولهذا قيل: لو رأى دُرَّةً ثمينةً في يد بيَّاعِ تمرٍ، وكتابًا في يد جاهلٍ، وليس في آبائه مَن هو أهلٌ لذلك: لا يسعُه أن يشهدَ له؛ لعدم وقوعِ العلمِ في قلبه بأنَّه له، فيكونُ التَّسامعُ مجوِّزًا للشَّهادة في موضعٍ تجوزُ به، وكذا الرُّؤيةُ في اليد في موضعٍ تجوزُ بها بناءً على إطلاق الشَّاهد؛ لأنَّه حينئذٍ يحتملُ المشاهدة، فيحملُ القاضي عليها، فيلزمُ عليه القضاءُ بالمِلك؛ كما في العِيان والمشاهدة، أمَّا إذا فسَّرَ بأحدهما: فلا يزيدُه علمًا، فلا يجوزُ أن يحكمَ بها؛ لاتِّضاح كونِها غيرَ صادرةٍ عن علمٍ ويقينٍ.

[٢] **قولُه**: (قُبِلَتْ) يعني: وإن فسَّرَ به عند القاضي، يدلُّ على كونه مرادَ المصنِّفِ: كونُ المسألةِ كذلك في «الهداية»(٥)، ووقوعُ لفظ «وإن فسَّرَ به» في بعض نسخِ

---

(١) في (ش٤) زيادة: «فإنه».

(٢) أي: حضر.

(٣) قوله: «وإن فسر به»: سقط من (ش٤) و(ش٥).

(٤) أخرجه البيهقيُّ في «شعب الإيمان»: (١٠٩٧٤)، والحاكم في «المستدرك»: (٧٢٦٤) بنحوه، من حديث ابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(٥) «الهداية»: (٣/ ١٢٠)، حيث قال: ((ومن شهد أنَّه شهد دفن فلانٍ، أو صلَّى على جنازته:=

أوِ الصَّلاةِ بمنزلة المعايَنة، ولا يجري[١] في مثل ذلك التَّلبيسُ عادةً.

«الوقاية»، حتَّى قال بعضُ شرَّاحِه(١): «إنْ» للوصل، متَّصلٌ بقوله: «قُبِلَتْ».

[١] **قولُه**: (ولا يَجري)؛ لأنَّ صورةَ التَّلبيسِ فيه أن يسترَ شيءٌ غيرُ ميِّتٍ، حيوانًا كان، أو جمادًا، أو ميِّتًا آخرَ غيرَ المشهودِ به بسترةٍ تغمرُه(٢)، بحيثُ لا تحكي عمَّا تحتَها، ويُصلَّى عليه، ويُدفَن، وهي ممَّا لا يُعتادُ فيما بينَ النَّاس؛ بل لا يُصلَّى إلَّا على ميِّتٍ، ولا يُدفَنُ إلَّا إيَّاه، حتَّى لو فسَّرَ شهادتَه هذه للقاضي بأن قال: «أشهدُ على موت فلانٍ؛ لأنِّي صلَّيتُ عليه، أو شاهدتُ دفنَه»: قُبِلَتْ.

وقيل: يُكتفى في الموت بإخبار عدلٍ واحدٍ أو واحدةٍ، ولو لم يحضرِ الموتَ إلَّا شخصٌ واحدٌ، وأرادَ أن يشهدَ بموته عند الحاكم: أخبرَ بذلك رجلًا عدلًا، ثمَّ يشهدانِ بذلك عند الحاكم، وهو أعجبُ المسائل، كذا في «التَّبيين»(٣).

= فهو معاينةٌ، حتَّى لو فسَّر عند القاضي: قبِلَه)).

(١) وهو العلاَّمة ابن ملَك «شرح الوقاية»: (٣/ ٣٢١).

(٢) أي: تستره (مِنهُ).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢١٥)، وفيها: «وهو من أعجب» بدل «وهو أعجب».

بابُ القَبولِ وعَدَمِه

(وتُقبَلُ الشَّهادَةُ مِن أهلِ الأهواءِ[١] إلَّا الخَطَّابِيَّةَ) أهلُ الأهواء: أهلُ القِبلةِ الذين لا يكونُ معتقَدُهم معتقَدَ أهلِ السُّنَّةِ والجماعة(١)، وهمُ الجَبريَّةُ[٢](٢)،

بابُ القَبولِ وعدمِه

[١] **قولُه**: (من أهلِ الأهـواءِ) جمعُ هوًى، وهو ميَلانُ النَّفسِ إلى ما تستلِذُّ به منَ الشَّهوات، مِن: هوى الشَّيءَ؛ إذا أحبَّه، وإنَّما سُمُّوا به؛ لمتابعتهمُ النَّفس، ومخالفتِهمُ السُّنَّة.

والخَطَّابيَّةَ - بفتح الخاءِ المعجَمة، والطَّاءِ المهمَلة -: طائفةٌ من غُلاة الرَّوافض، يُنسَبونَ إلى أبي الخطَّاب، وهو رجلٌ كان بالكوفة، قتلَه عيسى بنُ موسى وصلبَه بالكنائس؛ لأنَّه كان يزعمُ أنَّ عليًّا الإلهُ الأكبر، [وجعفرًا](٣) الصَّادقَ الإلهُ الأصغر(٤)، فعلى هذا يكونُ ردُّ شهادتِهم لكفرهم، وعلى ما ذكرَه الشَّارحُ بقوله: «يعتقدون... إلخ»(٥) لفسقهم.

[٢] **قولُه**: (وهم الجَبريَّةُ... إلخ) مَن أرادَ الاطِّلاعَ على تفاصيلهم: فلينظُرْ في آخر

---

(١) «والجماعة»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(٢) الجبريَّة: وهم أصنافٌ، فالجبريَّة الخالصة: هي التي لا تثبت للعبد فعلًا ولا قدرةً على الفعل أصلًا. «الملل والنِّحل»: (١/ ٨٥).

(٣) في جميع النُّسخ: «وجعفر»، والمثبت الصَّواب.

(٤) فطرده جعفر، فادَّعى في نفسه أنَّه إلهٌ، وزعم أتباعه أنَّ جعفرًا إلهٌ، وأبو الخطَّاب أعظم منه، كذا في «الكفاية»: (٦/ ٤٨٧) (مِنهُ).

(٥) في (ح١) و(ح٥) زيادة: «إنَّه».

والقدَرِيَّةُ(١)، والرَّوافضُ(٢)، والخوارجُ(٣)، والمعطِّلةُ(٤)، والمشبِّهةُ(٥)، وكلٌّ منهم اثنتا عشْرَةَ فِرقةً، فصاروا اثنَينِ وسبعين.

والبعضُ فرَّقوا[١] بين: الهوى الذي هو الكفر؛ كالقول بأنَّه تعالى جسمٌ، والهوى الذي ليس بكفرٍ.

وعند الشَّافعيِّ: لا تُقبَلُ شهادتُهم لفسقهم(٦).

ذخيرة العقبى

«المواقف»، وكتابَ «الملل والنِّحل»(٧).

[١] قولُه: (والبعضُ فرَّقوا... إلخ) يعني: قبِلوا شهادةَ الفِرقةِ الثَّانيةِ دونَ الأولى، وقد أفصحَ عنه قولُ الزَّيلعيِّ: ((وشرطَ في «الذَّخيرة»(٨) لقَبول شهادتِه: أن يكونَ هوًى لا يُكفَّرُ به صاحبُه)).

(١) القدَريَّة: هم سبع فرقٍ، وهم أصنافٌ، فمنهم يزعمون أنَّ الحسنات والخير من الله، والشَّرَّ والسَّيِّئات من أنفسهم؛ لكي لا ينسبوا إلى الله شيئًا من السَّيِّئات والمعاصي، ويتكلَّمون بأشياء لا أستجيز ذكرها، تعالى الله عمَّا يقولون علوًّا كبيرًا. «التَّنبيه والرَّدُّ على أهل الأهواء والبدع»: (ص ١٦٦).

(٢) الرَّافضة: فرقةٌ من الشِّيعة تستحلُّ الطَّعن في الصَّحابة، وسمُّوا بالرَّافضة؛ لأنَّهم رفضوا إمامهم زيد بن عليٍّ لمَّا نهاهم عن سبِّ أبي بكرٍ. ينظر: «مقالات الإسلاميين»: (ص ١٦).

(٣) الخوارج: هم الذين خرجوا عن الطَّريقة السَّويَّة، وحاربوا مع عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وشتموا أصهار النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٥٤٩).

(٤) المعطِّلة: الذين يزعمون أنَّ الأشياء كائنةٌ من غير تكوينٍ، وأنَّه ليس لها مكوِّنٌ ولا مدبِّرٌ، وأنَّ هذا الخلق بمنزلة النَّبات في الفيافي والقفار. «التَّنبيه والرَّدُّ على أهل الأهواء والبدع»: (ص ٩٢).

(٥) المشبِّهة: هم الذين شبَّهوا الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بالخلق، وأثبتوا له الجسميَّة. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٥٥٠).

(٦) الذي في كتبهم أنَّها تقبل إلَّا الخطَّابيَّة. ينظر: «أسنى المطالب»: (٤/ ٣٥٣).

(٧) ينظر: «المواقف في علم الكلام»: (ص ٤١٤)، و«الملل والنِّحل»: (١/ ٤٣-٨٥-١٠٣-١١٤).

(٨) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٣)، و«الذَّخيرة البرهانيَّة»: (١٤/ ٣٩٣) عن شيخ الإسلام.

قلنا: لا(١) تقعُ في الاعتقاد الباطلِ إلّا ديانةً، والكذبُ عند الجميع(٢) حرامٌ[١].

وأمّا الخطّابيَّةُ: فهم من غُلاة(٣) الرَّوافض، يعتقدونَ[٢] الشَّهادةَ لكلِّ مَن حلَفَ عندهم، وقيل: يرَونَ[٣] الشَّهادةَ لشيعتهم واجبةً.

(والذِّمِّيِّ على مِثلِهِ(٤) وإن خالَفا مِلَّةً(٥)، وعلى المُستَأمِنِ(٦)، والمُستَأمِنِ على مِثلِهِ إن كانا مِن دارٍ واحِدَةٍ(٧)) شهادةُ الذِّمِّيِّ تُقبَلُ عندنا.

---

[١] **قولُه**: (والكذبُ عند الجميعِ حرامٌ) حتَّى أنَّ الخوارجَ منهمُ اعتقدوا أنَّ الكذبَ كفرٌ، كذا في «البيانيَّة»(٨).

[٢] **قولُه**: (يعتقدونَ... إلخ) أي: يُجوِّزونَ أداءَ الشَّهادةِ للمدَّعي إذا حلفَ بينَ أيديهم أنَّه محقٌّ، ويقولون: المسلمُ لا يحلفُ كاذبًا.

[٣] **قولُه**: (وقيل: يرَونَ... إلخ) يُريدُ به معنى قولِ شرَّاحِ «الهداية»(٩) أنَّ مذهبَهم أن يشهدوا لمَن وافقَهم على مَن خالفَهم بالزُّور، فصاروا من مواضعِ التُّهم، كذا في «الصِّحاح»(١٠).

---

(١) في (ش٢) و(ش٤): «لم».
(٢) في (ش٢) و(ش٤) زيادة: «الناس».
(٣) غلاة جمع غالٍ، كقضاة جمع قاضٍ، من الغلوِّ. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٥٥٢).
(٤) أي: تقبل شهادة الذِّمِّيِّ على ذمِّيٍّ آخر.
(٥) بأن كان أحدهما يهوديًّا، والآخر نصرانيًّا.
(٦) أي: تقبل شهادة الذِّمِّيِّ على المستأمن. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٣٥).
(٧) «واحدة»: سقط من (ش٤).
(٨) «غاية البيان»: (١١/ ٣١١).
(٩) ينظر «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤١٦)، و«غاية البيان»: (١١/ ٣١٢)، و«البناية شرح الهداية»: (٩/ ١٥٢).
(١٠) «الصِّحاح»: (١/ ١٢٢).

وعند مالكٍ والشافعيِّ(١): لا تُقبَل.

ثمَّ عندنا: إنَّما تُقبَلُ شهادتُهم(٢) على الذِّمِّيِّ والمستأمِنِ وإن خالَفا ملَّةً؛ كالنَّصارى والمَجوس، فإنَّ الكفرَ كلَّه ملَّةٌ واحدةٌ، ولا تُقبَلُ على المسلم.

وشهادةُ المستأمِنِ تُقبَلُ على المستأمِنِ إن كانا من دارٍ واحدةٍ، وإن كانا من دارَينِ كالتُّركِ والروم: لا تُقبَل، ولا تُقبَلُ أيضًا على المسلم، ولا أيضًا على الذِّمِّيِّ.

(وعَدَوٌّ(٣) بسَبَبِ الدِّينِ[١]، ومَنِ اجتَنَبَ الكَبائرَ، ولم يُصِرَّ على الصَّغائرِ، وغَلَبَ صَوابُهُ(٤)) اختلَفوا في تفسير الكبائر: قيل: هي سبعٌ:

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وعَدوٌّ بسَبَبِ الدَّين(٥)) قيَّدَ به؛ لأنَّ الدُّنياويَّةَ مانعةٌ كما سيُفصحُ عنه بُعيدَ هذا قولُ المصنِّفِ: «وعَدوٌّ بسبب الدُّنيا»، وأمَّا عدمُ منعِ الدِّينيَّة: فلأنَّها منَ التَّديُّن، فتدلُّ على ثقة دينِه وعدالتِه، فإنَّها قد تكونُ واجبةً بأن رأى فيه منكَرًا شرعًا ولم ينتهِ بنهيه، والذي يوضِّحُ لك هذا: أنَّ المسلمينَ مجمِعونَ على قَبول شهادةِ المسلمِ على الكافر، والعداوةُ الدِّينيَّةُ قائمةٌ بينَهما، فلو كانت مانعةً: لَما قُبِلَت(٦).

---

(١) ينظر لمالكٍ: «المدوَّنة»: (٢/ ٩٤)، وللشَّافعيِّ: «الأمُّ»: (٧/ ١٣٤).

(٢) «شهادتهم»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).

(٣) أي: تقبل شهادة عدوٍّ بسبب الدِّين، فإنَّ العدواة الدِّينيَّة تدلُّ على قوَّة دينه وعدالته، بخلاف العداوة الدُّنيويَّة، فإنَّها حرامٌ، فمن ارتكبها لا يؤمَنُ التَّقوُّل عليه. «درر الحكَّام»: (٣/ ٤٠٩).

(٤) أي: غلبت حسناته على سيِّئاته بعد التَّوقِّي عن الكبائر كلِّها، وهذا هو حدُّ العدالة في الصَّحيح. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٣٥).

(٥) وهذه المسألة ليست بمذكورةٍ في «الهداية» في هذا الكتاب؛ بل في كتاب الحدود (مِنهُ). ينظر: «الهداية»: (٢/ ٣٤٩)، حيث قال: ((فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينةٍ هيَّجته، أو لعداوةٍ حرَّكته، فيتَّهم فيها)).

(٦) في (ح١) و(ح٢) و(ح٥) زيادة قوله: «كذا في الكافي». ولم أقف عليها.

١- الإشراكُ بالله تعالى[١].

٢- والفِرارُ مِنَ الزَّحف[٢].

٣- وعقوقُ الوالدَين.

٤- وقتلُ النَّفسِ بغير حقٍّ.

٥- وبَهتُ المؤمن[٣].

٦- والزِّنى.

٧- وشربُ الخمر.

* وزادَ البعض:

٨- أكلَ مالِ اليتيمِ بغير حقٍّ.

٩- وأكلَ الرِّبا.

[١] **قولُه**: (الإشراكُ بالله) **أقول**: هذا حديثٌ معروفٌ صرَّحَ به الأكمل(١)، فمعنى قولِه الآتي: «وقد وردَ في الحديث»: الحديثُ الآخر، يؤيِّدُه قولُه بُعيدَ هذا: «أنَّ هذه الأحاديثَ» بصيغة الجمع.

[٢] **قولُه**: (والفِرارُ مِنَ الزَّحفِ(٢)) وهو الجيشُ الذين(٣) يزحفونَ إلى العدوِّ؛ أي: يمشونَ إليه، والمراد: فِرارُ واحدٍ عنِ اثنَين كما يُفهَمُ من قوله تعالى: ﴿ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾ [الأنفال: ٦٦] الآية.

[٣] **قولُه**: (وبَهتُ المؤمن) أي: البُهتانُ عليه، مِن: بَهتَه(٤)؛ أي: قال عليه ما لم يفعلْ، كذا في «الصِّحاح»(٥).

---

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤١٢).

(٢) من: زحف إليه: مشى، «صحاح»: (زحف) (مِنهُ).

(٣) في جميع النُّسخ عدا (ح٥): «الذي».

(٤) بفتح الباء، يدلُّ عليه قول صاحب «المختصر»: (بهت): ((وبابه قطع)) (مِنهُ).

(٥) «الصِّحاح»: (بهت).

وقد وردَ في الحديث: «اجتنِبوا السَّبعَ الموبِقاتِ[١]: الشِّركَ بالله، والسِّحر، وقتلَ النَّفسِ التي حرَّمَ اللهُ إلَّا بالحقِّ، وأكلَ الرِّبا، وأكلَ مالِ اليتيم، والتَّولِّيَ يومَ الزَّحف(١)، وقذفَ المحصَنات(٢) المؤمناتِ الغافلات(٣)»(٤).

وقد قال ﷺ: «الكبائر: الإشراكُ بالله، وعقوقُ الوالدَين، وقتلُ النَّفس، واليمينُ الغَموسُ»(٥).

والصَّحيحُ أنَّ هذه الأحاديثَ ليست لبيان الحصر، فالكبيرة: كلُّ ما يُسمَّى فاحشةً؛ كاللِّواطة، ونكاحِ منكوحةِ الأب، أو ثبتَ لها بنصٍّ قاطعٍ عقوبةٌ في الدُّنيا[٢]، أو في الآخرة.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (الموبِقاتِ) أي: المهلِكات.

والتَّولِّي: الإعراض.

والقذفُ في الأصل: الرَّمْي، والمرادُ ههنا: الشَّتم.

واليمينُ الغموس: الكاذبُ منه، من: غمسَه في الماء؛ أي: غمرَه وسترَه به، وإنَّما سُمِّيَتِ اليمينُ الكاذبُ به؛ لأنَّه يُغمَسُ صاحبُه بالإثم.

[٢] قولُه: (عقوبةٌ في الدُّنيا) كالزِّنا فإنَّه ثبتَ بالآية الكريمةِ أنَّه موجبٌ للحدِّ؛ كالرَّجمِ وغيرِه.

---

(١) أي: الفرُّ من الجهاد ولقاء العدوِّ في الحرب، يقال: زحف إليه زحفًا، إذا مشى نحوه. ينظر: «النِّهاية في غريب الحديث والأثر»: (ز ح ف).

(٢) المحصنة: التي حفظت فرجها عن الزِّنا.

(٣) أي: الغافلات عن الفواحش.

(٤) أخرجه البخاريُّ: (٢٧٦٦) ومسلمٌ: (٨٩) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٥) أخرجه البخاريُّ: (٦٦٧٥) من حديث عبد الله بن عمرٍو رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

وقال الإمامُ الحُلوانيُّ: ما كان شنيعًا بين المسلمين(١)، وفيه هتكُ حرمةِ اللهِ تعالى[١] والدِّين: فهي كبيرةٌ.

ثمَّ بعدَ الاجتناب عنِ الكبائر كلِّها: لا بدَّ من عدم الإصرارِ على الصَّغيرة، فإنَّ الإصرارَ على الصَّغيرة كبيرةٌ.

وقولُه: «وغلبَ صوابُه» أي: حسناتُه أغلبُ مِن سيِّئاته، فإنَّ الإلمامَ بالصَّغيرة[٢] لا يُسقطُ العدالة[٣].

ذخيرة العقبى

أو في الآخرة؛ كأكل مالِ اليتيمِ الذي وردَ فيه الوعيدُ بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

[١] قولُه: (وفيه هتكُ حرمةِ الله) الهَتك: خَرقُ السَّترِ عمَّا وراءَه، كذا في «الصِّحاح»(٢).

[٢] قولُه: (فإنَّ الإلمامَ(٣) بصغيرةٍ) من: ألَمَّ به؛ أي: أذنبَ ما دونَ الفواحش، واللَّمم: الصَّغيرةُ(٤)، كما صرَّحَ به الزَّيلعيُّ(٥)، فليُتأمَّلْ(٦).

[٣] قولُه: (لا يُسقطُ العدالة) وذلك لئلَّا يُفضيَ إلى تضييع حقوقِ النَّاسِ بسدِّ بابِ الشَّهادةِ المفتوحِ لإحيائها.

---

(١) في (ش١): «المؤمنين».

(٢) «الصِّحاح»: (هتك).

(٣) زاد في (ح٣): «أي الإتيان».

(٤) وأمَّا في أصل اللُّغة: الإلمام التَّنزيل، قال العلَّامة* في «أفعاله»: ((ألَمَّ به: فروا وردوا)) (مِنهُ). * أي: الزَّمخشريُّ في كتابه «مقدِّمة الأدب» قسم الأفعال.

(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٥).

(٦) زاد في (ح٥): «وجهه: أنَّ عبارة الشَّارح يُحتاج في توجيهها إلى الحمل على الإتيان المجرَّد، بناءً على صيغة التَّجريد، وإلَّا: فالصَّغيرة معتبرةٌ في مفهوم الإلمام، فتكون الصَّغيرة لغوًا محضًا».

فقولُه: «ومَنِ اجتنَبَ» إلى قولِه: «وغلَبَ صوابُه» تفسيرُ العدل.

أقول: ولا بدَّ من قيدٍ آخر، وهو: أن يجتنبَ الأفعالَ الخسيسةَ الدَّالَّةَ على الدَّناءة؛ أي: عدمِ المروءة؛ كالأكلِ في الطَّريق، والبولِ على الطَّريق.

(والأقلَفِ[١]) إلَّا إذا تركَ الاختنانَ استخفافًا بالدِّين[٢].

(والخَصِيِّ[٣]، وولَدِ الزِّنا، والعُمَّالِ(١)) ....

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه:** (والأقلَفِ) وهو رجلٌ بيِّنُ القَلَفِ الذي لم يُختَنْ؛ لأنَّ الخِتانَ سنَّةٌ عند علمائنا، وتركُها لا يُخِلُّ بالعدالة.

[٢] **قولُه:** (استخفافًا بالدِّينِ(٢)) يعني: إذا تركَه بغير عذرٍ شرعيٍّ؛ كخوفِ الهلاكِ من كِبَرِه، أو أمرٍ آخر(٣)، كذا فُهِمَ من تقرير الزَّيلعيِّ(٤).

وههنا لطيفةٌ نقلَها الجوهريُّ(٥) حيثُ قال: ((تزعمُ العربُ أنَّ الغلامَ إذا وُلِدَ في القَمْراءِ(٦): وُسِّعَتْ قُلفتُه، فصارَ كالمختون)).

[٣] **قولُه:** (والخَصِيُّ) - بفتح الخاء، وكسرِ الصَّادِ المهمَلة، وتشديدِ الياءِ -: منزوعُ الخِصية، وهي البيضةُ المخلوقةُ في جوف عضوٍ مخصوصٍ، وإنَّما قُبِلَتْ شهادتُه؛ لأنَّ نزعَها كقطعِ عضوٍ منه، فلا تسقطُ عدالتُه(٧).

---

(١) العمَّال: جمع عامل، وهم عمَّال السُّلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة، كالخراج والجزية. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٣٦).

(٢) فحينئذٍ لا يبقى عدلًا؛ بل مسلمًا (مِنهُ). ولا تُقبل شهادتُه.

(٣) أي: إذا تركَه لغير هذه الأشياء التي ذُكِرَتْ: فلا تقبل شهادته. ينظر: «البناية شرح الهداية»: (٩/ ١٥٧).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٦).

(٥) «الصِّحاح»: (قلف)، وفيه: «قسحت» بدل «وسعت».

(٦) أي: في اللَّيلة التي لا تخلو عن طلوع القمر (مِنهُ).

(٧) ولأنَّ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قبِلَ شهادة علقمة الخصيِّ، وكذا تُقبَل شهادة الخنثى؛ لأنَّه رجلٌ أو امرأةٌ، =

وعند مالكٍ(١): لا تُقبَلُ[١] شهادةُ ولدِ الزِّنا على الزِّنا؛ لأنَّه يُحبُّ أن يكونَ غيرُه كنفسه.

وأمَّا العمَّال: فإنَّ نفسَ العملِ ليس بفسقٍ إلَّا إذا كانوا أعوانًا[٢] على الظُّلم، وقيل: العاملُ[٣] إذا كان وجيهًا ذا مروءةٍ ....

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وعند مالكٍ: لا تُقبَلُ) وإنَّما تُقبَلُ عندنا؛ لأنَّ فسقَ الأبوَينِ لا يزيدُ على كفرهما، وهو غيرُ مانعٍ لشهادة الابن، ففسقُهما أَولى.

والجوابُ عن قول مالكٍ: أنَّ الكلامَ في العدل، وحبُّه بقلبه أن يكونَ سائرُ النَّاسِ ولدَ الزِّنا: غيرُ قادحٍ لشهادته؛ لأنَّه غيرُ مؤاخَذٍ به ما لم يتحدَّثْ به، ولئن سلَّمْنا القادحيَّةَ: فلا نُسلِّمُ أنَّ العدلَ يختارُ ذلك أو يستحبُّه(٢)، كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»(٣).

[٢] قولُه: (إلَّا إذا كانوا أعوانًا) أي: معينينَ للسُّلطانِ على الظُّلم، فإنَّه لا تُقبَلُ شهادتُهم، كذا في «العناية»(٤).

[٣] قولُه: (وقيل: العاملُ) لعلَّه يُريدُ به العاملَ الذي كان عونًا للسُّلطان على الظُّلم؛ لأنَّه إذا لم يكنْ كذلك: لم يحتَجْ في قَبول شهادتِه إلى اشتراط الوَجاهة، ويدلُّ على ذلك توضيحُه بما رُوِيَ عن أبي يوسفَ في الفاسق.

= وشهادتهما مقبولةٌ بالنَّصِّ، قال الله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولا تُقبَل شهادته إلَّا ومعه رجلٌ وامرأةٌ بناءً على احتمال كونها امرأةً، وهذا أحوط، وينبغي أن لا تُقبَل شهادتُه في الحدود والقصاص كالنِّساء؛ لاحتمال أن يكون امرأةً، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٢٢) (مِنهُ).
والأثر أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنَّف»: (٢٣٢١٩).

(١) ينظر: «التَّاج والإكليل»: (٨/ ١٧٩).

(٢) في (ح٣) و(ح٥): «يحبُّه». والمثبت موافقٌ لـ«العناية».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٢٢). (٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٢٣).

لا يُجازفُ[١] في كلامه: تُقبَلُ شهادتُه وإن كان فاسقًا، وقد رويَ عن أبي يوسُف: أنَّ الفاسقَ إذا كان لوجاهته(١) لا يُقدِمُ على الكذب: تُقبَلُ شهادتُه.

(ولأخيهِ(٢) وعَمِّهِ، ومَن حَرُمَ رَضاعًا[٢] أو مُصاهَرَةً).

[مَن لا تُقبَلُ شهادتُه]

١- (لا مِن أعمى(٣)) وفي روايةٍ عن أبي حنيفةَ: تُقبَلُ فيما يجري فيه التَّسامع، وهو قولُ زفر.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا يُجازفُ) أي: لا يتكلَّمُ جُزافًا بلا وزنٍ(٤).

[٢] قولُه: (ومَن حَرُمَ رَضاعًا) مثلَ آبائه وأمَّهاتِه الرَّضاعيَّة.

ومثالُ مَن حَرُمَ مُصاهَرَةً: أمُّ امرأتِه وبنتُها، وزوجُ بنتِه، وامرأةُ ابنِه وأبيه.

وإنَّما تعرَّضَ لهذه الأنواعِ الأربعة؛ دفعًا لتوهُّم الانبساطِ بينَهم، بحيثُ يكونُ سببًا لردِّ شهادةِ بعضِهم للبعض، وإلَّا: فشهادةُ غيرِهم منَ الأقاربِ سوى الوِلاد مقبولةٌ أيضًا؛ لانتفاء التُّهمةِ بتباين الأملاكِ ومنافعِها، كذا في «الشُّروح»(٥).

(١) في (ش١): «له وجاهة»، في بعض النسخ: «ذا وجاهة».

(٢) أي: تقبل شهادة الأخ لأخيه.

(٣) أي: لا تقبل شهادة الأعمى؛ لعدم التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٢٣٧).

(٤) وفي «النِّهاية»: (٧/ ٥٥٦): ((شهادة البخيل لا تُقبَل))، فالظَّاهر أنَّه أراد به: من يبخل بالواجبات؛ كالزَّكاة ونفقة الزَّوجات والأقارب، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٢٢٧) (مِنهُ).

(٥) يعني: «الكوسجيَّة»: (ق: ٢٢٩)، و«العناية»: (٧/ ٤٠٧) (مِنهُ).

وعند أبي يوسُفَ والشَّافعيِّ(١): تُقبَلُ إذا(٢) كان بصيرًا[١] عند التَّحمُّل.

وإن عميَ بعدَ الأداء قبلَ القضاء: لا يقضي القاضي عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ[٢]،

[١] قولُه: (يُقبَلُ إذا كان بصيرًا) أي: مطلقًا، سواءٌ(٣) فيما جرى فيه التَّسامعُ؛ كالنَّسبِ والموت، أو لا، كذا في «المعراجيَّة»(٤)، لكن يُعتبرُ فيه بعد اشتراط البصرِ وقتَ التَّحمُّل: أن لا يكونَ المشهودُ به منقولًا، حتَّى لوِ انتفى أحدُهما: لم تُقبَلْ بالاتِّفاق.

هذا فيما سوى الحدودِ والقِصاص، فإنَّ شهادةَ الأعمى فيها ليست بمقبولةٍ اتِّفاقًا، كذا في «العناية»(٥).

[٢] قولُه: (عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ) وجهُ قولِهما: أنَّ شرطَ القضاءِ قيامُ أهليَّةِ الشَّهادةِ وقتَ القضاء؛ لصيرورة الشَّهادةِ حُجَّةً عنده، ولا قيامَ لها بالعمى، فصار كما إذا خرِسَ، أو جُنَّ، أو فسَق، فإنَّهم أجمعوا على أنَّ الشَّاهدَ إذا خرِسَ، أو جُنَّ، أو فسَق، أوِ ارتدَّ بعد الأداء قبل القضاء: لا يقضي القاضي بشهادته، والأمرُ الكلِّيُّ في ذلك أنَّ ما يمنعُ الأداءَ يمنعُ القضاء؛ لأنَّ المقصودَ من أدائها: القضاء، وهذه الأشياءُ تمنعُ الأداءَ بالإجماع، فتمنعُ القضاء، والعمى [الطارئ] بعد التَّحمُّل يمنعُ الأداءَ عندهما، فيمنعُ القضاء، وعند أبي يوسفَ: لا يمنعُ الأداء، فلا يمنعُ القضاء.

---

(١) ينظر: «الأمُّ»: (٧/ ٤٨).

(٢) في (ش٤): «إن».

(٣) زاد في (ح٢) و(ح٣): «كان».

(٤) «معراج الدِّراية»: (٦/ ٥٢٧).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٩٧).

خلافًا لأبي يوسُف، وقولُه أظهر[١].

٢و ٣- (ومَملوكٍ[٢]، ومَحدودٍ في قَذفٍ وإن تابَ[٣]) إنَّما قال هذا؛ لأنَّه يُقبَلُ عند الشَّافعيِّ إذا تاب(١) (إلَّا مَن(٢) حُدَّ في كُفرِهِ فأسلَمَ[٤]).

قيل عليه: لا نُسلِّمُ أنَّ قيامَ الأهليَّةِ وقتَ القضاءِ شرطٌ، فإنَّ الشَّاهدَ إذا ماتَ أو غابَ قبل القضاء: لا يمنعُ القضاء، ولا أهليَّةَ عنده.

أُجيبَ: بأنَّا لا نُسلِّمُ عدمَ الأهليَّةِ هناك، فإنَّ أهليَّةَ الميِّتِ بالموت انتهت، والشَّيءُ يتقرَّرُ بانتهائه، وبالغَيبة ما بطلَتِ الأهليَّة، كذا في «العناية»(٣).

[١] **قولُه**: (وقولُه أظهر) **وجهُ الأظهريَّة**: أنَّ العمى إذا لم يكنْ مانعًا عنِ الأداء إذا تحمَّلَه بصيرًا عند أبي يوسف، فعدمُ كونِه مانعًا عنِ القضاء بعد أدائه بصيرًا يكونُ في غاية الظُّهورِ عنده؛ لأنَّه لا أثرَ في نفس قضاءِ القاضي للعمى العارضِ للشَّاهد بعد أداء شهادتِه.

[٢] **قولُه**: (ومَملوكٍ)؛ لأنَّ الشَّهادةَ ولايةٌ متعدِّيةٌ؛ لأنَّها ولايةٌ على الغير، وليس له ولايةٌ قاصرةٌ، وهي الولايةُ على نفسه، فأنَّى ثبت له تلك؟

[٣] **قولُه**: (وإن تابَ)؛ لأنَّ ردَّ شهادتِه جزءٌ أخيرٌ من حدِّه؛ لكونه مانعًا له عنِ القذف؛ لأنَّ فيه معنى الزَّجر، فإنَّه يؤلمُ قلبَه، كما أنَّ الجلدَ يؤلمُ بدنَه، وقد آذاه بلسانه فعوقِبَ بإهدار منفعةِ لسانِه جزاءً وفاقًا، فيبقى بعد التَّوبة كأصلِه، وهو الحدُّ؛ لعدم سقوطِه بها، فصار من تمام الحدِّ.

[٤] **قولُه**: (فأسلَمَ) يعني: إذا حُدَّ الكافرُ في قذفٍ: لم تجزْ شهادتُه بعد ذلك

(١) ينظر: «المجموع»: (٢٠/ ٢٣٥).
(٢) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «إذا».
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٣٩٩)، وما بين معكوفتين منها.

٤-٨ (وعَدوٌّ بسَبَبِ الدُّنيا[١]، ولا لأصلِهِ، وفَرعِهِ، وزَوجٍ، وعِرسٍ(١)) في العدوِّ لا تُقبَلُ شهادتُه على مَن يُعاديه، وتُقبَلُ له، وفي الأصل إلى آخِره على العكس.

وفي الزَّوج والعِرسِ خلافُ الشَّافعيِّ(٢).

ذخيرة العقبى

على الكفَّار(٣)، فإذا أسلم: جازَتْ شهادتُه مطلقًا؛ لأنَّها شهادةٌ استفادَها بعد الحدِّ بالإسلام، فلم يلحقْها ردٌّ؛ لأنَّ التي رُدَّتْ غيرُ هِذه، ألا يُرى أنَّ المردودةَ لا تُقبَلُ على المسلمين، وهذه تُقبَل؟ فبردِّ(٤) الأُولى لا تُردُّ الثَّانية، كذا في «التَّبيين»(٥).

[١] قولُه: (وعَدوٌّ بسَبَبِ الدُّنيا) كذا في «المحيط» و«الواقعات»(٦)، وعليه صاحبُ «الهدايةِ»(٧) كما صرَّحَ به في كتاب الحدودِ بناءً على أنَّ المعاداةَ لأجل الدُّنيا حرامٌ، فمَنِ ارتكبَها: لا يؤمَنُ منَ الكذب عليه، خلافًا للزَّاهديِّ حيثُ قال(٨): ((هذا اختيارُ المتأخِّرين، وأمَّا الرِّوايةُ المنصوصة: فبخلافها، وهو أنَّه يُقبَلُ إذا كان عدلًا وإن كان بينَهما عداوةٌ بسبب أمرِ الدُّنيا، وهو الصَّحيح، وعليه الاعتماد)).

وأمَّا أصحابُ الوِلاد(٩): فلعلاقة الجزئيَّةِ بينَهم صار شهادةُ أحدِهم للآخر بمنزلة الشَّهادةِ لنفسه، وهي غيرُ مقبولةٍ قطعًا.

---

(١) في (م١): «عِرسه»، وفي بعض نسخ الشرح: «وزوجه» بدل «وزوجٍ».
(٢) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٨/ ٣٠٤).
(٣) حيث قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ بعد قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، وجه الاستدلال: أنَّ الله تعالى نصَّ على الأبد، وهو ما لا نهاية له، والتَّنصيص عليه ينافي القَبول في وقتٍ ما، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٠٠) (مِنهُ).
(٤) في (ح٢) و(ح٣): «فيردُّ».
(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢١٩).
(٦) «المحيط البرهاني»: (١٣/ ١٦٠) و«واقعات المفتين»: (ص٣٣٦).
(٧) «الهداية»: (٢/ ٣٤٩) حيث قال: ((أو لعداوةٍ حرَّكته، فيتَّهم فيها)).
(٨) «قُنية المُنية لتتميم الغُنية»: (ص٩٢-٩٣) نقلاً عن شيخه بتصرُّفٍ يسيرٍ.
(٩) في (ح٥): «الولاء».

٩ و١٠ - (وسَيِّدٍ لعبدِهِ[١] ومُكاتَبِهِ).

١١ - (وشَريكِهِ فيما يَشترِكانِهِ) إنَّما قال هذا لأنَّه تُقبَلُ للشَّريك في غير مالِ الشَّركة[٢].

وأمَّا الزَّوجان(١): فلأنَّ اتِّصال أحدِهما بالآخر بحيث يُعَدُّ غناءُ أحدِهما غناءَ(٢) الآخر، وكلٌّ منهما لباسٌ للآخر(٣)، وأمَّا خلافُ الشَّافعيِّ: فمبنيٌّ على أنْ لا قرابةَ بينَهما(٤)، كذا فُهِمَ من تقرير الزَّيلعيِّ(٥).

والعِرسُ - بكسر العينِ المهمَلة -: امرأةُ الرَّجل، كذا في «الصِّحاح»(٦).

[١] قولُه: (وسَيِّدٍ لعَبدِه)؛ لأنَّ الشَّهادةَ في كلِّ الثَّلاثة شهادةٌ لنفسه.

[٢] قولُه: (في غيرِ مالِ الشَّركة) قال في «النهاية»(٧): ((هذا في حقِّ الشَّريكَينِ شركةُ عِنانٍ ظاهرٍ، وأمَّا شهادةُ أحدِ المتفاوضَينِ لصاحبه: فلا تُقبَلُ إلَّا في الحدود، والقِصاص، والنِّكاح؛ لأنَّ ما عداها مشترَكٌ بينَهما))، وهذا سهوٌ، فإنَّه لا يدخلُ في الشَّركة إلَّا الدَّراهمُ والدَّنانير، ولا يدخلُ فيه العقارُ ولا العروضِ، ولهذا قالوا: لو وُهِبَ لأحدهما مالٌ غيرُ الدِّراهمِ والدَّنانير: لا تبطلُ الشَّركة؛ لأنَّ المساواةَ فيه ليست بشرطٍ، كذا في الزَّيلعيِّ(٨).

(١) لو وطئ جارية امرأته وقال: «ظننت أنَّها تحلُّ لي»: لا يُحَدُّ، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٠٦) (مِنهُ).
(٢) قال الله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغۡنَىٰ﴾ [الضحى: ٨] (مِنهُ).
(٣) قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧] (مِنهُ).
(٤) لأنَّ الزَّوجيَّة قد تكون سببًا للتَّنافر، فصارت نظير الأخوَّة، حتَّى جرى بينهما القصاص، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٢٢٠) (مِنهُ).
(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٠).
(٦) «الصِّحاح»: (عرس).
(٧) «النِّهاية شرح الهداية»: (٧/ ٥٤٩).
(٨) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٠).

وكذا لا تُقبَلُ شهادةُ الأجير، وقيل: يُرادُ به(١): التِّلميذُ[١] الخاصُّ الذي يُعَدُّ ضررُ أستاذِه ضررَ نفسِه، ونفعُه نفعَ نفسِه، وقيل: يُرادُ به الأجيرُ مسانَهةً(٢)، أو مشاهَرةً(٣).

١٢- (ومُخَنَّثٍ يَفعَلُ الرَّديءَ) فإنَّه إن لم يفعَلِ الرَّديءَ[٢]: تُقبَلُ شهادتُه، فإنَّ عدمَ القدرةِ على(٤) الجماع، ولينَ الكلام، وتكسُّرَ الأعضاء(٥): غيرُ مانعٍ للقَبول.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (التِّلميذُ) - بكسر التَّاءِ المثنَّاةِ الفوقانيَّة، وآخرُه ذالٌ معجَمةٌ - هو الشَّخصُ الذي يُسلِّمُ نفسَه لمعلِّم صَنعةٍ، سواءٌ كانت عِلْمًا أو غيرَه، فيخدمُه مدَّةً حتَّى يتعلَّمَها منه، فيأكلُ معه وفي عياله، وليس له أجرةٌ معلومةٌ.

[٢] قولُه: (إن لم يَفعَلِ الرَّديءَ) من أفعال النِّساء، منَ التَّزيُّنِ بزينتهنَّ، والتَّشبُّهِ بهنَّ في الفعل والقولِ عمدًا، فإنَّ كلَّ ذلك معصيةٌ، فلا تُقبَلُ شهادتُه؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لعنَ الله المؤنَّثينَ منَ الرِّجال، والمذكَّراتِ منَ النِّساء**»(٦)، وقيل: أرادَ بالفعل الرَّديء: التَّمكينَ باللِّواطة(٧)، كذا في الزَّيلعيِّ و«العناية»(٨).

(١) أي: بالأجير.
(٢) أي: بالسِّنين.
(٣) أي: بالشُّهور.
(٤) «القدرة على»: سقط من (ش٤).
(٥) أي: المشية غير السَّويَّة.
(٦) أخرجه بلفظه عبد الرَّزَّاق في «المصنَّف»: (٧٩٣١)، وبمعناه أخرج البخاريُّ (٥٨٨٥)، وأبو داود (٤٠٩٧) (٤٩٣٠)، والتِّرمذيُّ (٢٩٩١) (٢٩٩٢)، وابن ماجه (١٩٠٤) من حديث ابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.
(٧) أي: يجوز أن يكون مفعولًا (مِنهُ).
(٨) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٠)، و«العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٠٨) وفيها: «من اللِّواطة» بدل «باللِّواطة».

١٣-١٥- (ونائحَةٍ[١]، ومُغَنِّيَةٍ[٢]، ومُدمِنِ الشُّربِ على اللَّهوِ[٣]) أي: شربِ الأشربةِ المحرَّمة، فإنَّ الأشربةَ التي لا يحرُمُ إدمانُها لا تُسقِطُ الشَّهادةَ(١) ما لم

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ونائحَةٍ) مِن: ناحَتِ المرأةُ على الميِّت؛ إذا ندبَته، وذلك أن تبكيَ عليه وتعُدَّ محاسنَه، كذا في «المُغرب»(٢)، والمرادُ بالنَّائحة: المردودةُ الشَّهادة، هي المرأةُ التي تنوحُ في مصيبةِ غيرِها لجلب(٣) النَّفعِ منه، وتجعلُ النِّياحَ مكسَبةً لها، وأمَّا التي تنوحُ في مصيبتها: فلا يُسقِطُ عدالتَها(٤)، كذا في الزَّيلعيِّ(٥).

ونحنُ نقول: فيجبُ أن يُعتبَرَ عدمُ رفعِ الصَّوتِ في مفهوم النَّائحة، وإلَّا: فمجرَّدُ رفعِ الصَّوتِ منها حرامٌ يُسقِطُ عدالتَها، سواءٌ كان في مصيبتها أو مصيبةِ غيرِها، كما سيُصرِّحُ به في شرح المغنِّية، فليُتأمَّلْ.

[٢] قولُه: (ومُغَنِّيَةٍ) منَ الغُنَّة، وهي في اللُّغة: صوتٌ في الخَيشوم، والغِناءُ -بالكسر والمدِّ-: التَّرنُّماتُ برفع الصَّوت، والمرادُ بها ههنا: المرأةُ التي ترفعُ صوتَها بالتَّرنُّمات، سواءٌ كان غناؤها لتسلية نفسِها، أو جعلَته مكسَبةً لها، فإنَّ التَّغنِّيَ للَّهو معصيةٌ في جميع الأديان.

[٣] قولُه: (ومُدمِنِ الشُّربِ على اللَّهو... إلخ) يُقال: فلانٌ يُدمِنُ كذا؛ أي: يُديمُه، ورجلٌ مُدمِنُ الخمر؛ أي: مداومٌ بشربها.

---

(١) في (ش٣): «العدالة».

(٢) «المغرب»: (نوح).

(٣) **الجلب**: الجذب (مِنهُ).

(٤) لكن تحقُّق معنى التَّوجُّه بلا رفع صوتٍ لا يبلغ إلى درجة الحرمة: ممَّا لا يخلو عن نوع بُعدٍ (مِنهُ).

(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢١)، وفيه: «تسقط» بدل «يسقط».

يسكَر، بل إدمانُ السُّكرِ يُسقِط، وقد ذُكِرَ أنَّ المرادَ الإدمانُ في النيَّة، وهو أن يشرَب، ويكونَ في عزمه أن يشربَ كلَّما وجَد.

قال الإمامُ السَّرَخسيُّ: شُرِطَ مع ذلك أن يُظهِرَ ذلك للنَّاس، أو يخرُجَ سكرانَ فيسخرَ منه الصِّبيان، حتَّى إن شربَ الخمرَ في السِّرِّ: لا يسقُطُ عدالتُه، وقد ذُكِرَ في «الحواشي»: أنَّ هذا[١] في غير الخمر، أمَّا في الخمر: فلا يحتاجُ(١) إلى قيد اللَّهو.

أقول: لا بدَّ في الخمر من [قيد](٢) الشُّربِ بطريق اللَّهوِ أيضًا، فإن شرِبَها للتَّداوي؛ بأن قال له الأطبَّاء: «لا علاجَ لمرضك إلَّا الخمرُ»: فحرمتُها مختلَفٌ فيها، فلا تُسقِطُ الشَّهادة.

١٦-١٨- (ومَن يَلعَبُ بالطُّيورِ[٢]، ....

ذخيرة العقبى

واللَّهو: اللَّعب، يُقال: لها بالشَّيء: لعبَ به، ويلهى به: مثلُه، كذا في «الصِّحاح»(٣).

[١] **قولُه:** (أنَّ هذا) أي: كونَ إدمانِ الشُّربِ في إسقاط العدالةِ مشروطًا بكونه على اللَّهو.

[٢] **قولُه:** (ومَن يَلعَبُ بالطُّيور) - بضمِّ الطَّاء المهمَلة، والياءِ المثنَّاةِ التَّحتانيَّة -: جمعُ طيرٍ، وإنَّما لم يُقبَلْ منه؛ لأنَّه يورثُ غفلةً لا يؤمَنُ بها على الإقدام على الشَّهادة معَ نسيانِ بعضِ الحادثة، ولأنَّه قد يقفُ على عورات النِّساءِ بصعوده بسطْحه ليطيِّرَ

(١) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «احتياج».

(٢) ما بين معكوفين مثبت من (ش٥)، و«من» في (ش٢): «أن»، وفي (ش٤): «إلى»، وسقط من (ش٣): «من».

(٣) «الصِّحاح»: (لها).

أو الطُّنبورِ[١]، أو يُغَنِّي للنَّاسِ[٢]) إنَّما قال: «للنَّاس»؛ لأنَّ مَن يُغنِّي لدفع الوَحشةِ عن نفسه: لا يُسقِطُ العدالة.

ذخيرة العقبى

طيرَه، وذلك فسقٌ، وأمَّا إذا كان يستأنسُ بالحَمام(١) في بيته: فهو عدلٌ مقبولُ الشَّهادة، إلَّا إذا خرجَتْ منَ البيت، فإنَّها تأتي بحمامات غيرِه، فتُفرِّخُ(٢) في بيته وهو يبيعُه، ولا يعرفُه من حمام نفسِه، فيكونُ آكلًا للحرام، فيُسقطُ عدالتَه بذلك، كذا في «التَّبيين»(٣).

[١] قولُه: (والطُّنْبور) - بضمِّ الطَّاء المهمَلة، وسكونِ النُّون - فارسيٌّ معرَّبٌ، آلةُ لهوٍ معروفٌ، كذا في «الصِّحاح»(٤).

أقول: ولم يأتِ(٥) به صاحبُ «الهداية»، فقال صاحبُ «العناية»(٦): ((«وفي بعض النُّسخ: بالطُّنْبور»(٧) فهو مستغنٍ عنه بقوله: «ولا مَن يُغَنِّي للنَّاس»، فإنَّه أعمُّ من أن يكونَ معَ آلةِ لهوٍ أو لا)).

فيه بحثٌ؛ لأنَّ كلامَه يقتضي أن يكونَ مستغنًى عنه في المتن، وليس كذلك؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ المرادُ ههنا بمَن يلعبُ به: هو اللَّاهي بالآلة المصنوعةِ منَ الخشب، ولا يُعتبَرُ في مفهومه التَّغنِّي.

[٢] قولُه: (أو يغني للناس)(٨) مَن يُغنِّي لهم بصوته الحاصل من خيشومه بقرينة

---

(١) بالحاء المهملة: معروفٌ (مِنهُ).

(٢) أي: يخرج الفرخ الذي هو الزَّوج، وهو بالفارسيِّ: جوزه، وبالتُّركيِّ: يوري (مِنهُ).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢١).

(٤) «الصِّحاح»: (طنبر).

(٥) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): «ولا يأتي».

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٠٩).

(٧) أي: بدل قوله: «ولا من يلعب بالطُّيور». وقوله: «وفي بعض النُّسخ»: أي: وفي بعض نسخ القُدوريِّ، كما وقع ذلك في نسخةٍ مخطوطةٍ له، محفوظةٍ في مكتبة (قونيا/ تركيا) برقم: (٤٧٦٥).

(٨) قوله: «قوله: (أو يغنِّي للنَّاس)» في (ح١): «والمراد بالمغنِّي للنَّاس»، وفي (ح٢) و(ح٥): =

١٩ و٢٠- (أو يَرتَكِبُ[١] ما يُحَدُّ بهِ، أو يَدخُلُ الحَمَّامَ(١) بلا إزارٍ[٢]).

٢١- (أو يَأكُلُ الرِّبا) شرط في «المبسوط»(٢) أن يكونَ مشهورًا[٣] بأكل الرِّبا؛ لأنَّ الإنسانَ قلَّما ينجو عنِ البيع(٣) الفاسد، وكلُّ ذلك ربًا.

ذخيرة العقبى

المقابلة، يؤيِّدُه اشتقاقُ التَّغنِّي منَ الغُنَّة كما مرَّ في تفسير المغنِّية.

[١] **قولُه:** (أو يَرتَكِبُ) يعني: مَن أتى بشيءٍ منَ الكبائر التي يتعلَّقُ بها الحدُّ: فسق، وسقطَتْ عدالتُه، وهذا بناءً على أنَّ الكبيرةَ أعمُّ ممَّا فيه حدٌّ أو قتلٌ، كذا في «العناية»(٤).

[٢] **قولُه:** (بلا إزارٍ)؛ لأنَّ كشفَ العورةِ حرامٌ، قال ﷺ: «**لعنَ الله النَّاظرَ والمنظور**»(٥).

[٣] **قولُه:** (أن يكونَ مشهورًا) وذلك بالإدمان، وكلُّ ذلك ربًا، فلو رُدَّتْ شهادتُه إذا ابتُلِيَ به: لم يبقَ أحدٌ مقبولَ الشَّهادةِ غالبًا، وهذا بخلاف آكلِ مالِ اليتيم، فإنَّه يُسقطُ العدالةَ وإن لم يُشتهَرْ به؛ لعدم عمومِ البلوى؛ لأنَّ التَّحرُّزَ فيه ممكنٌ، ولأنَّه لم يدخلْ في مِلكه، وفي الرِّبا يدخل، فيُشترَطُ فيه الإدمانُ دونَه، هذا زبدةُ ما في «التَّبيين»(٦).

= «وبالمغنِّي للنَّاس»، وفي (ح٤): «بالمغنِّي للنَّاس».

(١) أي: حمَّام السُّوق؛ لأنَّ كشف العورة حرامٌ.

(٢) «المبسوط»: (١٦/ ١٣١).

(٣) في (ش٢) و(ش٤) و(ش٥): «البيوع».

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤١٢).

(٥) أخرجه البيهقيُّ في «السُّنن الكبرى»: (١٣٦٩٧) من حديث الحسن البصريِّ مرسَلًا، والدَّيلميُّ في الفردوس (٥٤٤١) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٦) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٢٢).

٢٢-٢٤- (أو يُقامِرُ[١] بالنَّردِ(١)، أو الشِّطرَنجِ، أو تَفوتُهُ الصَّلاةُ بِهِما) قال في «الهداية»(٢): ((أو يُقامرُ بالنَّرد، أو الشِّطرنج))، ثمَّ قال: ((فأمَّا مجرَّدُ اللَّعبِ بالشِّطرنج: فليس بفسقٍ مانع من الشهادة؛ لأنَّ للاجتهاد فيه مَساغًا[٢])).

فُهِمَ من هذا[٣] أنَّ في النَّرد لا تُشترَطُ المقامَرةُ وفوتُ الصَّلاة، فقيدُ المقامَرةِ[٤]

---

[١] قولُه: (أو يُقامِرُ) القِمار: لعبٌ بشرط أن يأخذَ أحدُ المتلاعبَينِ من صاحبه شيئًا إن غلبَ عليه فيه.

وفي بعض نسخِ الشَّرح: «أو تفوتُه الصَّلاةُ بهما»، فحينئذٍ لم يتركْ فيه من أسباب سقوطِ عدالةِ لاعبِ الشِّطرنجِ إلَّا تكثيرَ الحلفِ الكذبِ كما في «الهداية»(٣)، حتَّى قال شرَّاحُها(٤): ((والمصنِّفُ لم يذكرِ الثَّالثة؛ لأنَّ الغالبَ فيه الأوَّلان)).

[٢] قولُه: (لأنَّ للاجتهادِ فيه مَساغًا) قيل: لأنَّ مالكًا والشَّافعيَّ(٥) يقولانِ بحلِّ اللَّعب بالشِّطرنج، فلا تُرَدُّ شهادتُه ما لم ينضمَّ إليه أحدُ الأمورِ الثَّلاثة.

[٣] قولُه: (فُهِمَ من هذا) أي: من تخصيص صاحبِ «الهدايةِ»(٦) الشِّطرنجَ بالذِّكر في سلب كونِه فسقًا بُعيدَ ذكرِه معَ النَّرد.

[٤] قولُه: (فقيدُ المقامَرةِ) وكذا فوتُ الصَّلاة، وتكثيرُ الأَيمانِ الكاذبةِ حيثُ قيَّدَ بهما.

---

(١) النَّرد: شيءٌ يلعب به، ويقال له: النَّردشير، أو الزَّهر. «تاج العروس»: (نرد).

(٢) «الهداية في شرح بداية المبتدي»: (٣/ ١٢٣).

(٣) حيث قال: ((فأمَّا مجرَّد اللعب بالشِّطرنج: فليس بفسقٍ مانعٍ من الشَّهادة)). «الهداية»: (٣/ ١٢٣).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤١٣).

(٥) ينظر: للمذهب المالكيِّ «الذَّخيرة»: (١٠/ ٢١٥)، وللشَّافعيِّ: «روضة الطَّالبين»: (٣/ ٣٥٤).

(٦) ينظر التَّعليق (٣).

في النَّرد وقعَ اتِّفاقًا[١].

وفي «الذَّخيرة»(١): ((مَن يلعبُ بالنَّرد: فهو مردودُ الشَّهادةِ على كلِّ حالٍ))[٢].

٢٥ و٢٦- (أو يَبولُ[٣] على الطَّريقِ، أو يَأكُلُ فيهِ).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وقعَ في النَّردِ اتِّفاقًا) أي: من غير قصدٍ؛ للاحتراز به عنِ النَّرد الذي لا يُقارنُها(٢)(٣) حتَّى يكونَ المعنى: لا تسقطُ العدالةُ به وقتَ خلوِّه عنها، فإنَّه باطلٌ؛ لأنَّ نفسَ اللَّعبِ فيه فسقٌ، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**ملعونٌ مَن يلعبُ بالنَّرد**»(٤)، ومَن يكونُ ملعونًا: كيف يكونُ عدلًا؟

[٢] **قولُه**: (على كلِّ حالٍ) أي: وإن لم يقارِنْ لعبَه بشيءٍ منَ المعاني الثَّلاثة.

ونحن نقول: لا ينبغي لمسلمٍ أن يُقدِمَ على الشِّطرَنج أيضًا معتقدًا بحلِّه، معتمدًا على تنزُّه نفسِه من جميع المعاني المذكورة؛ لأنَّه في حيِّز الامتناعِ العاديِّ عند مَنِ ابتُلِيَ به، وأنصفَ من نفسه، ورجع إلى وجدانه.

[٣] **قولُه**: (أو يَبولُ... إلخ)؛ لأنَّ عدمَ الاستحياءِ من أمثال هذه المستحقَراتِ ناشئٌ من عدم المروءة، فيُتَّهَمُ بعدم الامتناعِ عنِ الكذب؛ لأنَّ المرادَ بالطَّريق المذكور: مُرائي النَّاس.

---

(١) «الذَّخيرة البرهانيَّة»: (١٤/ ٣٩٢).

(٢) «لا يقارنها»: في (ح٢): «لا تقارنها»، وفي (ح٣): «لا يقامر بها»، وفي (ح٥): «لا يقامر به».

(٣) أي: على تقدير كونه احترازًا (مِنهُ).

(٤) أخرجه أبو داود (٤٩٣٨)، وابن ماجه (٣٧٦٢) من حديث أبي موسى الأشعريِّ بلفظ: «من لعب بالنَّرد: فقد عصى الله ورسوله».

٢٧- (أو يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ[١]) أي: الصَّحابةِ والعلماءِ المجتهدينَ الماضينَ رضوانُ اللهِ عليهم أجمعين.

(ولو شَهِدَ ابنانِ أنَّ الأبَ أوصى إلى زَيدٍ، وهو(١) يَدَّعيهِ: صَحَّت(٢)) أي: شهدا أنَّ الأبَ جعلَ زيدًا وصيًّا في التَّركة، وهو يدَّعي أنَّه وصيٌّ: صحَّت شهادتُهما.

وإنَّما قال: «وهو يدَّعيه»؛ لأنَّه لو أنكر: لا تُقبَلُ[٢] الشَّهادةُ(٣) (كشَهادَةِ دائنَي(٤)

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (أو يُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ(٥)) جمعُ سالفٍ، وهو الماضي، وفي الشَّرع: اسمٌ لكلِّ مَن يُقلَّدُ مذهبُه، ويُقتفى أثرُه؛ كأبي حنيفةَ وأصحابِه، وإنَّما آثرَ(٦) الإظهار؛ لأنَّ مَن أبطنَ سوءَ الاعتقادِ بهم ولم يُظهِرْ: فهو عدلٌ.

[٢] قولُه: (لأنَّه لو أنكر: لا تُقبَلُ)؛ لأنَّ معنى الإنكار [هو](٧) عدمُ قَبولِ الوصيَّة،

(١) أي: والحال أنَّ زيدًا يدَّعي أنَّه وصيٌّ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٤٣).
(٢) في (م١) و(م٢) زيادة: «وإن أنكر: لا». (٣) في (ش٣): «شهادتهما».
(٤) في (ش٣): «ابني».
(٥) وروي عن أبي يوسف أنَّه قال: ((لا أقبل شهادة من سبَّ أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأقبل شهادة من يتبرَّأ منهم))، وفرَّقوا بأنَّ إظهاره سبَّه لا يأتي به إلَّا السَّفيه، وشهادة السَّفيه لا تُقبَل، ولا كذلك المتبرِّئ؛ لأنَّه يعتقد دينًا وإن كان على باطل، فلا يظهر فسقه.
وقال بعض المشايخ: ((لا تُقبَل شهادة أهل الحِرف))؛ لكثرة الأيمان الفاجرة منهم، وأكثرهم: على أنَّه تُقبَل شهادة مَن عُرِفَ منهم بالعدل، ولا تُقبَل شهادة من يُكثِرُ شتمَ أهله، ولا مَن يشتم النَّاس، والمراد: ما لا يليق بعلوِّ شأنهم، حتَّى صرَّحوا بأنَّ التَّعبير عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بـ«صاحبك» مخاطبًا بعض أصحابه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وعدُّوا قول القائل: «رداؤه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسخ» وأمثاله: سبًّا، وكذا قولهم: «هو صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أسود اللَّون، وهو منهزم الجيش في بعض غزواته»، وعلى هذا فقِسْ حال الأولياء والعلماء السَّالفين، كذا في «السَّيف المسلول على من سبَّ الرَّسول»: (ص ٤٠٥) (مِنْهُ).
(٦) في (ح٣): «آخذ»، وفي (ح١) و(ح٢) و(ح٤): «أخر».
(٧) في جميع النُّسخ: «وهو»، والمثبت الصَّواب. وقوله: «وهو عدم»: سقط من (ح٢).

المَيِّتِ، ومَديونَيهِ، والموصى لهُما، ووَصيِّهِ(١) على الإيصاءِ) أي: تصحُّ شهادةُ هؤلاء إذا ادَّعى زيدٌ أنَّه وصيٌّ.

(وإن شَهِدا أنَّ أباهُما الغائبَ وَكَّلَهُ بقَبضِ دَينِهِ، وادَّعى الوَكيلُ أو جَحَدَ: رُدَّت)؛ لأنَّ القاضيَ لا يملكُ نصبَ الوكيلِ عنِ الغائب، فلو ثبت: ثبتَ بشهادتهما، فلا يُمكنُ ثبوتُها بهما(٢)؛ لمكان التُّهمة، بخلاف الإيصاء؛ لأنَّ الوصيَّ إذا ادَّعى: يكونُ قَبولُ الشَّهادةِ لتعيين الوصيِّ، والقاضي يملكُ ذلك.

(كالشَّهادَةِ على جَرحٍ مُجَرَّدٍ[١]، وهو(٣) ما يُفَسَّقُ بهِ الشَّاهِدُ، ولم يوجِب حَقًّا للشَّرعِ أوِ العَبدِ، مِثلَ:(٤) «هو فاسِقٌ»، أو: «آكِلُ رِبًا(٥)»، أو: «إنَّهُ استَأجَرَهُم»).

والقاضي لا يملكُ إجبارَ أحدٍ على قَبولها، وليس ههنا شهادةٌ حقيقةً كما صرَّحَ به في «العناية»(٦).

[١] قولُه: (كالشَّهادَةِ على جَرحٍ مُجَرَّدٍ... إلخ) إنَّما سمَّى هذا الجرحَ مجرَّدًا؛ لتجرُّده عمَّا يدخلُ تحتَ الحكم؛ لأنَّ ما يُدخلُه تحتَ الحكمِ أن يُثبتَ عليه حقًّا: إمَّا لله تعالى؛ كقولِهما: «زنَوا»، أو: «شربوا الخمر»، أو: «سرقوا»، أو للعبد؛ كقولِهما: «أخذوا المال»، أو: «قتلوا النَّفسَ عمدًا»، فتُقبَلُ شهادتُهما.

فإذا كانت على جرحٍ مجرَّدٍ من غير أن يتضمَّنَ إيجابَ أحدِ الحقَّينِ المذكورينِ؛ كالفسقِ المجرَّدِ ودعوى الاستئجار: فإنَّه وإن كان زائدًا عليه، لكنَّه راجعٌ إليه؛ لأنَّه

---

(١) في (م١): «ووصيته»، وفي (م٢): «ووصييه».

(٢) «بهما»: سقط من (ش٢) و(ش٣).

(٣) أي: الجرح المجرَّد. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٤٤).

(٤) في (ش١) زيادة: «ما». (٥) في (م٢): «الربا».

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٢٣).

صورةُ المسألة: إذا أقامَ البيِّنةَ على العدالة، فأقامَ الخصمُ البيِّنةَ على الجَرح، إن كانَ الجَرحُ جَرحًا مجرَّدًا: لا تُعتبرُ بيِّنةُ الجَرح، وإنَّما قلت: إنَّ صورةَ المسألةِ هذا؛ لأنَّه لو لم يُقمِ البيِّنةَ[1] على العدالة، ....

ذخيرة العقبى

من حقوق العباد، فيحتاجُ إلى خصمٍ يحكمُ له الحاكم، ولا خصمَ ههنا(١)؛ لأنَّ المدَّعى عليه أجنبيٌّ عن مال الأجرة، حتَّى لو أقامَ البيِّنةَ على أنَّه أستأجرَهم بعشرةٍ من مالي الذي كان في يده: قُبِلَت؛ لأنَّه خصمٌ(٢) في ذلك كما سيأتي.

وأمَّا إذا لم يكنْ خصمًا: فقد رجعَ إلى الجَرح المجرَّد، فلا يدخلُ تحتَ الحكم، وليس في وُسع القاضي إلزامُه؛ لأنَّ الفاسقَ يدفعُ فسقَه بالتَّوبة، ولعلَّه قد ناب في مجلسه أو قبلَه، فلا يتحقَّقُ الإلزام، وسماعُها إنَّما هو للحكم والإلزام.

[١] قولُه: (لأنَّه لو لم يُقمِ البيِّنةَ... إلخ) قال الشَّيخُ المعروفُ بابن قاضي سَماونة(٣): ((أقول: فيه نظرٌ؛ إذِ الغرضُ أنَّ مثلَ هذه الشَّهادةِ لا تُعتبَر، سواءٌ كان قبل تعديلِ الشُّهودِ أو بعده، فلا حاجةَ إلى ما ذكرَه منَ الصُّورة المقيَّدة)).

ثمَّ قال الأستاذُ بعد نقل كلامِ الشَّارحِ بتمامه(٤): ((أقول: تحقيقُه أنَّ جَرحَ الشَّاهدِ قبل التَّعديل دفعٌ للشَّهادة قبل ثبوتها، وهي من باب الدِّيانات، ولهذا قُبِلَ فيه خبرُ الواحدِ [كما مرَّ في كتاب الكراهيَةِ والاستحسان](٥)، وبعد التَّعديل رفعٌ لها

(١) زاد في (ح٥): «راجعٌ إليه».
(٢) ودعواه صحيحةٌ؛ لما فيه من إيجاب ردِّ المال على الشُّهود، كذا في الزَّيلعيِّ: (٤/ ٢٢٨) (مِنهُ).
(٣) «التَّسهيل شرح لطائف الإشارات»: (ق: ٣٩٩).
(٤) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٣٨٢)، وفيها: «الشَّرع أو العبد» بدل «الشَّرع والعبد».
(٥) ما بين معكوفتين من المصدر، وقد سقط من جميع النُّسخ إلَّا نسخة (ح٤)، وكتب على هامشها وكتب بعده: «صح».

فأخبرَ مخبرٌ أنَّ[١] الشُّهودَ فسَّاقٌ، أو آكلو الرِّبا: فإنَّ الحُكمَ لا يجوزُ قبلَ ثبوت العدالة، لا سيَّما إذا أخبرَ مخبرٌ أنَّ الشُّهودَ فسَّاقٌ.

(وقُبِلَت(١) على إقرارِ المُدَّعي بفِسقِهِم)؛ لأنَّ الإقرارَ ممَّا يدخلُ تحتَ الحكم[٢] (أو على أنَّهم عبيدٌ، أو محدودٌ(٢) في قَذفٍ، أو شارِبو خَمرٍ، أو قَذَفَةٌ،

ذخيرة العقبى

بعد ثبوتها، حتَّى وجبَ على القاضي العملُ بها إن لم يوجَدِ الجَرحُ المعتبَر، ومنَ القواعد المقرَّرةِ أنَّ الدَّفعَ أسهلُ منَ الرَّفع، وهو السِّرُّ في كون الجَرحِ المجرَّدِ مقبولًا قبل التَّعديل ولو من واحدٍ، وغيرَ مقبولٍ بعده(٣)؛ بل يحتاجُ إلى نصاب الشَّهادةِ [في إثباتِ](٤) حقِّ الشَّرعِ والعبد، فاضمحلَّ بهذا التَّحقيقِ ما اعترضَ عليه بعضُ المُتَصَلِّفينَ(٥)(٦) بلا شعورٍ على مراد القائل، ومعَ ذلك ذاهلٌ عنِ القواعد وغافلٌ حيثُ قال: أقول: فيه نظرٌ...)) إلى آخر كلامِ الشَّيخ، فتأمَّلْ ثمَّ احكمْ بينَهما بالحقِّ، ولا تتَّبعِ الهوى.

[١] **قولُه**: (إذا أخبرَ المخبرُ أنَّ) أي: إذا شهدَ الشَّاهدانِ أنَّهم فسَّاقٌ.

[٢] **قولُه**: (لأنَّ الإقرارَ ممَّا يدخلُ تحتَ الحكم) حيثُ يقدِرُ القاضي به على الإلزام، ولا يرتفعُ بالتَّوبة؛ يعني: إذا شهدَ شهودُ المدَّعى عليه على المدَّعي أنَّه أقرَّ أنَّ شهودي فسقةٌ: فإنَّها تُقبَل؛ لما ذكرَه الشَّارحُ، ولأنَّهم لم يُظهروا الفاحشة؛ بل حكَوها عن غيرهم، وليس المُظهرُ والحاكي سواءً.

---

(١) في (م١): «وتقبل». (٢) في (م١) و(م٢): «محدودونَ».

(٣) يؤيِّده قول الشَّارح بُعيدَ هذا: «لا سيَّما إذا أخبر المخبر أنَّ...»: (مِنهُ).

(٤) في النُّسخ: «وإثبات»، وما بين معكوفتين من المصدر.

(٥) أي: المتبغِّضين. وفي (ح٣): «المتصلقين»، وفي (ح٥): «المتصلتين».

(٦) وفيه إيهامٌ لطيفٌ؛ لأنَّ البعض المذكور مقتولٌ كما لا يخفى (مِنهُ).

أو شُرَكاءُ المُدَّعي، أو أنَّه استأجَرَهُم بكذا لها[١]، وأعطاهُم ذلك مِمَّا كانَ لي عِندَه[٢]، أو أنِّي صالَحتُهُم على كذا[٣]، ودَفَعتُهُ إليهِم على ألَّا يَشهَدوا عليَّ وشَهِدوا) أي: على ألَّا يشهدوا عليَّ شهادةَ الزُّور، ومع ذلك شهِدوا شهادةَ الزُّور، فيجبُ عليهم أداءُ ما أعطيتُهم، فإنَّ في هذه الصُّورِ يوجبُ الجَرحُ حقًّا للشَّرع أو للعبد على الشُّهود، فيدخلُ تحت حكمِ القاضي فيُقبَل.

(ولو شَهِدَ عَدلٌ ولم يَبرَح[٤][١] حتَّى قالَ: «أوهَمتُ بَعضَ شَهادَتي»: قُبِلَ)

ذخيرة العقبى

وأمَّا كونُ الشَّاهِدِ عبدًا: فإنَّه يُثبتُ الرِّقَّ، فإنَّه ضَعفٌ حكميٌّ يظهرُ أثرُه في سلب الولاية، وهو حقُّ اللهِ تعالى، وموضعُه أصولُ الفقه.

وأمَّا كونُه محدودًا في قذف؛ فلأنَّه تعلَّقَ به حكمٌ، وهو كمالُ الحدِّ بردِّ شهادتِه، وهو حقُّ اللهِ تعالى، وكذا حدُّ الشُّرب، وحدُّ القذف، وحدُّ السَّرقة، كلُّها حقوقُ اللهِ تعالى.

وأمَّا إثباتُ الشَّركة: فهو من قبيلِ الدَّفعِ بالتُّهمة، كما إذا أقامَ البيِّنةَ أنَّ الشَّاهدَ ابنُ المدَّعي أو أبوه، كذا في «العناية»[٥].

[١] قولُه: (ولم يَبرَحْ) من: لا أبرحُ[٦] أفعلُ ذاك[٧]؛ أي: لا أزالُ أفعلُه،

---

(١) أي: للشَّهادة.

(٢) أي: من المال الذي كان وديعةً عنده. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٤٥).

(٣) أي: أقام المدَّعى عليه بيِّنةً أنِّي صالحت الشُّهود على كذا من المال. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٤٥).

(٤) أي: لم يزل في مجلسه.

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٢٩)، وفيه: «إكمال» بدل «كمال».

(٦) ومنه قوله تعالى حكايةً عن بعض إخوة يوسف عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ: ﴿فَلَنۡ أَبۡرَحَ ٱلۡأَرۡضَ﴾ [يوسف: ٨٠]، من البراح، وهو الزَّوال (مِنهُ).

(٧) في (ح٢) و(ح٥): «ذلك».

أي: أخطأتُ بنسيان ما يجبُ ذِكرُه، كما إذا ادَّعى المدَّعي عشَرةَ دراهمَ، فشهدَ على الخمسة، ثمَّ قال: «نسيتُ البعض، بلِ الواجبُ عشَرةٌ»، أو قال: «أخطأتُ بزيادةٍ باطلةٍ»، كما إذا ادَّعى المدَّعي خمسةَ دراهمَ، فشهدَ على عشَرةٍ، ثمَّ قال: «أخطَأتُ، وقلتُ: العشَرةَ مقامَ الخمسةِ»، فإن كان في المجلس: قُبِلَتِ الشَّهادة.

وقولُه: «أخطأتُ» في المجلس مِنَ العدل وإن كان الموضِعُ موضِعَ شُبهةٍ؛ لأنَّ المدَّعيَ إذا ادَّعى الخمسة: لا تُقبَلُ الشَّهادةُ على العشَرة، لأنَّ المدَّعيَ يصيرُ مكذِّبًا للشَّاهد، وفي غير هذا المجلسِ: إن كان الموضعُ موضعَ شبهةٍ: لا تُقبَلُ؛ لأنَّه يوهِمُ[1] التَّلبيسَ مِنَ المدَّعي، وإن لم يكُنِ الموضعُ موضعَ شُبهةٍ، كما إذا لم يذكُر لفظَ الشَّهادة، ثمَّ ذكَرَ[2] في مجلسٍ آخرَ لفظةَ الشَّهادة: تُقبَلُ مِنَ العدل مع أنَّ المجلِسَ مختلفٌ.

كذا في «الصِّحاح»[3].

(١) في (ش٤): «توهم».
(٢) في (ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «يزيد».
(٣) «الصِّحاح»: (برح).

[بابُ الاختلافِ في الشَّهادة]

(وشُرِطَ موافَقَةُ الشَّهادَةِ الدَّعوى[١]؛ كاتِّفاقِ الشَّاهِدَينِ لَفظًا ومَعنًى عند أبي حَنيفَةَ) فإنَّ عندهما: لا يُشترَطُ اتِّفاقُهما لفظًا ومعنًى، بل يكفي اتِّفاقُهما معنًى (فتُرَدُّ إن شَهِدَ أحَدُهُما بألفٍ، والآخَرُ بألفَينِ، أو مِئَةٍ(١) ومِئتَينِ، أو طَلقَةٍ وطَلقتَينِ أو ثَلاثٍ) أي: شهدَ أحدُهما بمئةٍ، والآخرُ بمئتَين، أو شهدَ أحدُهما

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وشُرِطَ موافَقَةُ الشَّهادةِ الدَّعوى(٢)) يعني: أنَّها إذا وافقَتِ الدَّعوى: تُقبَل، وإلَّا: لا، ومعنى موافقتِها إيَّاها: هو أن يتَّحدا نوعًا وكمًّا وكيفًا، وزمانًا ومكانًا، وفعلًا وانفعالًا، ووضعًا ومِلكًا ونسبةً، فإنَّه إذا ادَّعى عشَرةَ دنانير، وشهدَ بعشَرة دراهم، أوِ ادَّعى عشَرةً وشهدَ بثلاثين، أوِ ادَّعى سرقةَ ثوبٍ أحمر، وشهدَ بأبيض، أوِ ادَّعى أنَّه قتلَ وليَّه يومَ النَّحرِ بالكوفة، وشهدَ بذلك يومَ الفِطرِ بالبَصرة، أوِ ادَّعى شقَّ زِقِّه وإتلافَ ما فيه به، وشهدَ بانشقاقه عنده، أوِ ادَّعى عقارًا بالجانب الشَّرقيِّ من مِلك فلانٍ، وشهدَ بالغربيِّ منه، أوِ ادَّعى أنَّه مِلكُه، وشهدَ أنَّه مِلكُ ولدِه، أوِ ادَّعى أنَّه عبدُه ولدَته الجاريةُ الفلانيَّة، وشهدَ بولادة غيرِها: لم تكنِ الشَّهادةُ موافقةً للدَّعوى، فلم تُقبَلْ.

قيل عليه: إنَّ عند المخالفةِ تعارضَ كلامُ المدَّعي والشَّاهد، فما المرجِّحُ لصدق الشَّاهدِ حتَّى اعتُبِرَ كلامُه دونَ كلامِ المدَّعي؟

أُجيب: بأنَّ الأصلَ في الشُّهود العدالة، لا سيَّما على قول أبي يوسفَ ومحمَّدٍ، ولا يُشترَطُ عدالةُ المدَّعي لصحَّة دعواه، فرجَّحنا جانبَ الشُّهودِ عملًا بالأصل.

(١) في (م٢): «وبمئة».

(٢) هذا شروعٌ في بيان الاختلاف إنَّما هو بعارض الجهل والكذب، فأخَّره وضعًا للتَّناسب (مِنهُ).

بطَلقةٍ، والآخرُ بطلقتَين أو ثلاثٍ، وإنَّما تُردُّ عند أبي حنيفة[١]، وعندهما تُقبَلُ على الأقلِّ[٢] إذا ادَّعى المدَّعي الأكثر، حتَّى إذا ادَّعى الأقلَّ: يكونُ المدَّعي مكذِّبًا لشاهد الأكثر.

ذخيرة العقبى

وأمَّا الموافقةُ بينَ لفظَيهما: فليست بشرطٍ، ألا يُرى أنَّ المدَّعيَ يقول: «أدَّعي على غريمي هذا»، والشَّاهدُ يقول: «أشهدُ بذلك»؟ كذا في «العناية»(١).

وهذا صريحٌ في أنَّ موافقةَ المعنى فقط كافٍ فيهما، فعُلِمَ منه أنَّ مرادَ المصنِّفِ من قوله: «كاتِّفاقِ الشَّاهِدَينِ لفظًا»، ومعنى تشبيهِ موافقتِهما بموافقة الشَّاهدَينِ في مطلقِ الاتِّفاق، لا في الاتِّفاق فيهما معًا، فإنَّه مختصٌّ بما بينَ الشَّاهدَين.

[١] **قولُه**: (عند أبي حنيفة) يعني: الموافقةُ بينَ شهادةِ الشَّاهدَينِ شرطُ قَبولِها كما كانت شرطًا بينَ الدَّعوى والشَّهادة، ولكنَّهُم اختلفوا في أنَّها شرطٌ من حيثُ اللَّفظُ والمعنى، أو من حيثُ المعنى خاصَّةً، فأمَّا الموافقةُ من حيثُ المعنى: فلا بدَّ منها بلا خلافٍ، واختلافُ اللَّفظِ من حيثُ التَّرادفُ(٢) لا يمنعُ بلا خلافٍ، حتَّى لو شهدَ أحدُهما بالنِّكاح، والآخرُ بالتَّزويج: فهي مقبولةٌ.

وأمَّا اختلافُه بحيثُ يدلُّ بعضُه على مدلول البعضِ بالتَّضمُّن: فقد نفاه الأعظمُ وجوَّزاه، ففرَّعَ على مذهب الأعظم قولَه: «فتُردُّ... إلخ»، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل، و«غُرر الكامل»(٣).

[٢] **قولُه**: (وعندهما تُقبَلُ على الأقلِّ)؛ لأنَّهما اتَّفقا عليه، وتفرَّدَ أحدُهما بالزِّيادة، وكلُّ ما هو كذلك يثبتُ فيه المتَّفَقُ عليه دونَ ما تفرَّدَ به أحدُهما.

(١) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٣٣).
(٢) أي: أدَّى أحدهما بالعطيَّة، والآخر بالهبة (مِنهُ).
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٣٦)، و«درر الحكَّام»: (٢/ ٣٨٤).

(وقُبِلَت على ألفٍ في: بألفِ وألفِ[(١)] ومِئَةٍ) أي: في شهادة أحدِهما بألفٍ، والآخرِ بألفٍ ومئةٍ (إنِ ادَّعى المُدَّعي الأكثَرَ) حتَّى إذا ادَّعى الأقلَّ بأن قال: «لم يكن إلَّا ألفٌ»، أو سكت عن دعوى المئةِ الزَّائدة: لم تُقبَل شهادةُ مثبتِ الزِّيادة، وأمَّا إن قال[١]: «كانَ أصلُ حقِّي ألفًا ومئةً، ولكنِّي استَوفيتُ المئةَ» أو: «أبرأتُه عنها»: قُبِلَت شهادتُه للتَّوفيق.

(كطَلَقَةٍ[(٢)] وطَلَقَةٍ ونِصفٍ، ومِئَةٍ ومِئَةٍ وعَشَرَةٍ) أي: كشهادة أحدِهما بطلقةٍ، والآخَرِ بطلقةٍ ونصفٍ، وشهادةِ أحدِهما بمئةٍ، والآخرِ بمئةٍ وعشَرةٍ، فإنَّ الشَّهادةَ مقبولةٌ اتِّفاقًا؛ للاتِّفاق على الألف، وعلى الطَّلقة، وعلى المئة، ولا شكَّ أنَّ

وله: أنَّهما اختلفا لفظًا؛ لأنَّ أحدَهما مفرَدٌ، والآخرَ تثنيةٌ، واختلافُ الألفاظِ إفرادًا وتثنيةً يدلُّ على اختلاف المعاني الدَّالَّةِ هي عليها بالضَّرورة، ألا يُرى أنَّ الألفَ لا يُعبَّرُ به عنِ الألفَين لا حقيقةً ولا مجازًا، وبالعكس؟ فكان كلامُ كلٍّ منهما مباينًا لكلام الآخر، وحصل على كلِّ واحدٍ منهما شاهدٌ واحدٌ، فلا يثبتُ شيءٌ منهما، فصار اختلافُهما هذا كاختلافِهما في جنس المال، شهِدَ أحدُهما بكُرِّ شعيرٍ، والآخرُ بِكُرِّ بُرٍّ، كذا في «العناية»[(٣)].

[١] **قولُه**: (أمَّا إن قال) إلى قوله: (للتَّوفيق) أي: للتَّصريح به، قيل: هذا استحسانٌ، والقياسُ أن يُقبَلَ وإن لم يقلِ القولَ المذكور؛ لإمكان التَّوفيقِ كما مرَّ[(٤)].

---

(١) «وألف»: سقط من (ش٤) و(م٢).

(٢) في (ش١) زيادة: «واحدة».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٣٧)، وفيها: «حنطة» بدل «برٍّ».

(٤) وقد أفصح هذا الفرق ما ذكرناه قبيل هذا: «وله: أنَّهما اختلفا لفظًا؛ لأنَّ أحدهما مفرَدٌ، والآخر تثنيةٌ» (مِنهُ). ينظر أوَّل الصَّفحة.

قولَهما أظهر، وفرقُ أبي حنيفةَ ضعيفٌ، وهو أنَّهما متَّفقانِ على الألف[١] في شهادة أحدِهما بألفٍ، والآخرِ بألفٍ ومئةٍ، غيرُ متَّفقَينِ في شهادة أحدِهما بألفٍ، والآخرِ بألفَين(١).

(ولو شَهِدا بألفٍ[٢]، أو بقَرضِ ألفٍ، وزادَ أحَدُهُما: «قَضى كذا»: قُبِلَت بألفٍ[٣]، وبقَرضِ ألفٍ، ورُدَّ قَولُهُ: «قَضى كذا»)؛ لأنَّ شهادةَ الفردِ غيرُ مقبولةٍ (إلَّا إذا شَهِدَ معَهُ آخَرُ، ولا يَشهَدُ مَن عَلِمَهُ حتَّى يُقِرَّ المُدَّعي بما قَبَضَ) أي: يجبُ على الذي يعلمُ قضاءَ البعضِ ألَّا يشهدَ حتَّى يُقِرَّ المدَّعي عند النَّاس بما قبض؛ لئلَّا يتضرَّرَ المدَّعى عليه.

---

[١] قولُه: (متَّفقانِ على الألف) تلخيصُ مذهبِه في الفرق أنَّ في ألفٍ ومئةٍ قدِ اتَّفقَ الشَّاهدانِ لفظًا ومعنًى في الألف؛ لأنَّهما كلمتانِ عُطِفَت إحداهما على الأخرى، والعطفُ يُقرِّرُ المعطوفَ عليه، بخلاف ما إذا شهدَ أحدُهما بعشَرةٍ، والآخرُ بخمسةَ عشَر؛ لأنَّه ليس بينَهما حرفُ عطفٍ، فصارا متباينَينِ كالألفِ والألفَين، كذا في «الأكمليَّة»(٢).

[٢] قولُه: (ولو شَهِدا بألفٍ) يعني: إذا ادَّعى ألفًا وشهدا بألفٍ... إلخ.

[٣] قولُه: (قُبِلَت بألفٍ) فإن قيل: شهادةُ مَن شهدَ بالقضاء متناقضةٌ؛ لأنَّه إذا قضاه خمسَمئةٍ مثلًا: لا يكونُ للمدَّعي على المدَّعى عليه ألفٌ؛ بل خمسُمئةٍ لا غير.

أُجيب: بأنَّ قضاءَ الدَّينِ إنَّما هو بطريق المُقاصَّة، وذلك بقبض العينِ مكانَ الدَّينِ الذي هو غيرُه، فكان قولُه: «قضاه منها خمسَمئةٍ» شهادةً على المدَّعي بقبض ما هو غيرُ ما شهدَ به أوَّلًا وهو الدَّين، فلم يعُد(٣) متناقضًا(٤).

---

(١) «بألفَين» في بعض النسخ: «على الألفين».
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٤٠).
(٣) زاد في جميع النُّسخ عدا (ح٥): «الشَّاهدان».
(٤) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): «متناقصًا».

وذكر الطَّحاويُّ عن أصحابِنا: أنَّ شهادتَه لا تُقبَل، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ المدَّعيَ يُكذِّبُ شاهدَ قضاءِ البعض.

قلنا: الإكذابُ في غير المشهودِ به[1]: لا يمنعُ القَبول.

(ولو شَهِدا بقَتلِ زَيدٍ يَومَ كذا بمَكَّةَ، وآخَرانِ بقَتلِهِ فيه بكوفَةَ: رُدَّتا) أي: بقتل زيدٍ بذلك اليومِ بكوفةَ: تُرَدُّ البيِّنتان؛ لأنَّ إحداهما كاذبةٌ بيقينٍ، وليست إحداهما أَولى مِنَ الأُخرى (فإن قَضى بإحداهُما(١)، ثُمَّ قامَتِ الأُخرى: رُدَّت هي)؛ لأنَّ الأولى ترجَّحَت باتِّصال القضاءِ بها، فلا تنتقِضُ بالثَّانية.

(ولو شَهِدا بسَرِقَةِ بَقَرَةٍ، واختَلَفا في لَونِها: قُطِعَ، ولوِ اختَلَفا في الذُّكورَةِ: لا).

وعندهما: لا يُقطَعُ في الوجهَين.

وقيل: الاختلافُ في لونَينِ متشابهَين؛ كالسَّوادِ والحُمرة، لا في السَّواد والبياض.

وقيل: في جميع الألوان.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (قلنا: الإكذابُ في غيرِ المشهودِ به... إلخ) أي: في غير المشهودِ به الأوَّل، وهو القرض؛ لأنَّه أكذبَه فيما عليه وهو القضاء، وهو غيرُ الأوَّلِ لا محالة، ومثلُه ليس بمانعٍ، كما لو شهدا عليه لشخصٍ آخرَ قبل أن شهدا له فأكذبَهم.

وحاصلُه: أنَّ إكذابَ المدَّعي لشهوده تفسيقٌ له؛ لكونه اختياريًّا، وأمَّا إكذابُ المدَّعى عليه: فليس بتفسيقٍ؛ لأنَّه لضرورة الدَّفعِ عن نفسه، كذا في «العناية»(٢).

(١) في (م١): «بإحديهما»، وفي (م٢): «بإحدهما».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٤٢).

له: أنَّ السَّرقةَ قد(١) تقعُ[١] في اللَّيالي، والرَّائيَ يراه من بعيدٍ، فاللَّونانِ يتشابهان، والأظهرُ قولُهما[٢].

[١] قولُه: (له: أنَّ السَّرقةَ قد تقع... إلخ) يعني: أنَّ قَبولَ قولِ العدولِ واجبٌ ما أمكنَ التَّوفيق، وذلك ممكنٌ؛ لأنَّ السَّرقةَ... إلخ، وههنا بحثٌ ذُكِرَ في شروح «الهداية»(٢).

[٢] قولُه: (والأظهرُ قولُهما)؛ لأنَّ سرقةَ السَّوداءِ غيرُ سرقةِ البيضاء، فلم يتمَّ على كلِّ واحدٍ منهما نصابُ الشَّهادة، فلا قطعَ بدونه، فصار كما لو شهدا بالغصب والمسألةُ بحالها، فإنَّها لم تُقبَلْ بالاتِّفاق؛ بل هذا أَولى؛ لأنَّ أمرَ الحدِّ أهمُّ؛ لكونه ممَّا يندرئُ بالشُّبهات، وفيه إتلافُ نصفِ الآدميِّ، فصار كالذُّكورةِ والأنوثةِ في المغايَرة، وهذا الخلافُ يختصُّ فيما إذا كان المدَّعي يدَّعي بقرةً مطلقًا من غير

(١) «قد»: سقط من (ش٣) و(ش٤).

(٢) حيث قيل فيه: ((وفيه بحثٌ من وجهين:
أحدهما: أنَّ طلب التَّوفيق ههنا احتيالٌ لإثبات الحدِّ، وهو القطع، والحدُّ يُحتال لدرئه لا لإثباته.
والثَّاني: أنَّ التَّوفيق وإن كان ممكنًا: ليس بمعتبَرٍ ما لم يصرَّح به فيما ثبت بالشُّبهات، فكيف يُعتبَر إمكانه فيما يُدرَأ بها؟
والجواب عن الأوَّل: أنَّ ذلك إنَّما كان احتيالًا لإثباته أن لو كان في اختلاف ما كلِّفا نقله، وهو من صلب الشَّهادة كبيان قيمة المسروق ليُعلمَ هل كان نصابًا فيُقطع به أو لا، وأمَّا إذا كان في اختلاف ما لم يُكلَّفا نقله؛ كلون ثياب السَّارق وأمثاله، فاعتبار التَّوفيق فيه ليس احتيالًا لإثبات الحدِّ؛ لإمكان ثبوته بدونه، ألا ترى أنَّهما لو سكتا عن بيان لون البقرة: ما كلَّفهما القاضي بذلك؟ فتبيَّن أنَّه ليس من صلب الشَّهادة، ولم يُكلَّفا نقله إلى مجلس الحكم، بخلاف الذُّكورة والأنوثة، فإنَّهما يُكلَّفان النَّقل بذلك؛ لأنَّ القيمة تختلف باختلافهما، فكان اختلافًا في صلب الشَّهادة.
وعن الثَّاني: بأنَّه جواب القياس؛ لأنَّ القياس اعتبار إمكان التَّوفيق، أو يُقال: التَّصريح بالتَّوفيق يُعتبَر فيما كان في صُلب الشَّهادة، وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا، والله أعلم بالصَّواب))، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٤٤) (مِنهُ).

(ولو شَهِدَ بشِراءِ عَبدٍ، أو كِتابَتِهِ بألفٍ، وآخَرُ[1] بألفٍ ومِئةٍ: رُدَّت[2]) سواءٌ ادَّعى البائعُ أوِ المشتري؛ لأنَّ العقدَ يختلفُ باختلاف الثَّمن، فيكونُ على كلِّ واحدٍ منهما شهادةُ فردٍ، فلا تُقبَل.

(وكذا عِتقٌ بمالٍ[3]، وصُلحٌ عن قَوَدٍ، ورَهنٌ، وخُلعٌ، إنِ ادَّعى العَبدُ، والقاتِلُ، والرَّاهِنُ، والعِرسُ) فيه لفٌّ ونشرٌ، فدعوى العبد ترجِعُ إلى العتق بمالٍ، وهكذا[4] على التَّرتيب، لأنَّ المقصودَ هنا هو العقد، وهو مختلِفٌ.

(وإنِ ادَّعى الآخَرُ) أي: المولى في العتق على المال، ووليُّ المقتولِ في الصُّلح عنِ القوَد، والمرتهِنُ في الرَّهن، والزَّوجُ في الخُلع: (فهو كدَعوى الدَّينِ في وُجُوهِها[5]) أي: إن كان الشَّاهدانِ مختلفَينِ لفظًا: لا تُقبَلُ عند أبي حنيفةَ وإن كانا متَّفقَينِ معنًى[6]، فإنِ ادَّعى المدَّعي الأقلَّ: لا تُقبَلُ شهادةُ الشَّاهدِ بالأكثر، وإنِ ادَّعى الأكثرَ: تُقبَلُ على الأقلِّ.

تقييدِها بوصفٍ، وأمَّا إذا ادَّعى سرقةَ بقرةٍ سوداءَ أو بيضاءَ: لا تُقبَلُ شهادتُهما بالإجماع؛ لأنَّ المدَّعيَ كذَّبَ أحدَهما، كذا في «التَّبيين»[7].

---

(١) في (م٢): «والآخر».
(٢) أي: شهادتهما. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٥١).
(٣) أي: إذا ادَّعى العبد أنَّ مولاه أعتقه على ألفٍ، وادَّعى المولى أنَّه أعتقه على ألفٍ ومئةٍ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٥٢).
(٤) في (ش٤) زيادة: «يرجع».
(٥) في بعض نسخ الشَّرح: «وجوبها».
(٦) «معنى»: سقط من (ش٣) و(ش٤).
(٧) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٣٣) باختصارٍ.

ولقائلٍ أن يقول[1]: ليس هذا كدعوى الدَّين؛ لأنَّ الدَّينَ يثبتُ بإقرار المديون، فيُمكنُ أن يُقِرَّ عند أحد الشَّاهدَينِ بألفٍ، وعند الآخر بأكثَرَ، ويُمكنُ أيضًا أن يكونَ أصلُ الحقِّ هو الأكثَرَ، لكنَّه قضى الزَّائدَ على الألف، أو أُبرِئَ عنه عند أحد الشَّاهدَينِ دونَ الآخَر، فالتَّوفيقُ بينهما ممكنٌ، أمَّا ههنا: فالمالُ يثبُتُ بتبعيَّة العقد، والعقدُ بالألف غيرُ العقدِ بالأكثر، فبقيَ على كلِّ واحدٍ شهادةُ فردٍ، فلا تُقبَل، كما في الطَّرف الآخَر.

---

[١] **قولُه**: (ولقائلٍ أن يقول... إلخ) قال الأستاذُ(١): ((وجوابُه: أنَّ المشبَّهَ لا يجبُ أن يكونَ في حكم المشبَّهِ به بجميع الوجوه؛ بلِ المرادُ بكونه كدَعوى الدَّين: أنَّ الشَّاهدَينِ إذا كانا مختلفَينِ لفظًا: لا تُقبَلُ عند أبي حنيفة وإن كانا متَّفقَين [معنًى]، فإنِ ادَّعى المدَّعي الأقلَّ: لا تُقبَلُ شهادةُ الشَّاهدِ في الأكثر، وإنِ ادَّعى الأكثر: تُقبَلُ على الأقلِّ)) انتهى كلامُه.

وقال بعضُ شرَّاحِ «الوقاية»(٢): والجوابُ عنه: أنَّه يُمكنُ أيضًا أن يُقرَّ المدَّعى عليه بالخلع مثلًا على ألفٍ عند شاهدٍ، وعند آخرَ بالخلع على أكثر، أو يكونَ قد أبرأَ المدَّعي المدَّعى عليه عنِ(٣) البعض، أو قبضَه عند شاهدٍ والآخرُ عنه غافلٌ وإن لم يُشاهدِ العقد، فيُمكنُ له التَّوفيق.

---

(١) والمراد من الأستاذ: مولانا خسرو الملَّة والدِّين تغمَّده الله [في]* أعلى علِّيِّين في جوار أرحم الرَّاحمين، وسيِّد الأنبياء المرسَلين، رحم الله لمن قال آمين (مِنهُ). «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٣٨٦).
المنهوَّة وردت في (ح٥) فقط، وهي في (ح٥): «على»، والمثبت الصَّواب.

(٢) يعني: حسام الدِّين الكوسَج الفَناريِّ في «غايته»* (مِنهُ). * في (ح١) و(ح٤): «عنايته».

(٣) في (ح٣) و(ح٥): «من».

(والإجارَةُ كالبَيعِ[١] في أوَّلِ المُدَّةِ، وكالدَّينِ بعدَها(١)[٢]) إذ في أوَّل المدَّةِ المقصودُ هو العقد، فلا تُقبَلُ الشَّهادة، وبعدَ المدَّة: تكونُ الدَّعوى مِنَ الآجرِ(٢)، وهو يدَّعي الأُجرة، فتكونُ كدعوى الدَّين، فتُقبَلُ كما تُقبَلُ في دعوى الدَّين.

ذخيرة العقبى

ثمَّ قولُه: «فالمالُ يثبتُ بتبعيَّة العقد» إن أرادَ أنَّه يثبتُ في ذمَّة المدَّعى عليه بتبعيَّته: فمسلَّمٌ ولا يضرُّنا، وإن أرادَ أنَّه يثبتُ عند القاضي بتبعيَّته: فلا نُسلِّم؛ بل ثبوتُ العقدِ بإقرار المدَّعي، فلا يحتاجُ القاضي في ثبوته إلى البيِّنة حتَّى يُقال: إنَّه شهادةُ فردٍ فلا يُعتَدُّ به؛ بل إنَّما يحتاجُ إليها لإثبات البدل، فصار كما إذا ذكرَ الشَّاهدُ شيئَين، أحدُهما غيرُ محتاجٍ إليه كما مرَّ في سرقة البقرة، أو كما إذا اختلفا في الثَّمن بعد التَّصادق بالشِّراء.

أقول: كلُّ واحدٍ منَ الجوابَينِ محلُّ كلامٍ؛ فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه**: (والإجارَةُ كالبَيعِ) يعني: إذا كانتِ الدَّعوى في الإجارة في أوَّل المدَّةِ قبل استيفاء المعقودِ عليه، وشهدَ أحدُ الشَّاهدَينِ بالإجارة بألفٍ، والآخرُ بألفٍ ومئةٍ: لا تُقبَلُ الشَّهادة، كما لا تُقبَلُ عند الاختلاف في البيع؛ للحاجة إلى إثبات العقد، وقدِ اختلفَ باختلاف البدل، سواءٌ كان المدَّعي هو المؤجِّرُ أوِ المستأجِر.

[٢] **وقولُه**: (وكالدَّينِ بعدَها) أي: إذا كانتِ الدَّعوى بعد مضيِّ المدَّةِ واستيفاءِ المنفعة، والمدَّعي هو المؤجِّر: فهو كدعوى الدَّين؛ لأنَّ المدَّةَ إذا انقضَتْ: تكونُ المنازعةُ في موجَب الأجر، فيُقضى بأقلِّ المالَينِ إذا ادَّعى الأكثر، فصار كمَنِ ادَّعى على آخرَ ألفًا وخمسَمئةٍ، وشهدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفٍ وخمسِمئةٍ: جازَتْ على الألف، وإن شهدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفين: لم تُقبَلْ عند الأعظم كما

(١) في بعض النسخ: «بعدهما».

(٢) في (ش١) و(ش٥): «الأجير».

(وصَحَّ النِّكاحُ بألفٍ[١] استِحسانًا، وقالا: رُدَّت فيهِ أيضًا) هذا هو القياس؛ لأنَّ المقصودَ هو العقدُ مِنَ الجانبَين، فصار كالبيع.

وجهُ الاستحسان[٢]: أنَّ المالَ في النِّكاح تَبعٌ(١)، ولا اختلافَ[٣] فيما هو الأصل، وهو العقد، فيثبُت، ثمَّ وقعَ الاختلافُ في التَّبع،

تقدَّم، خلافًا لهما، وإن كان المدَّعي هو المستأجرُ: فهو كدعوى العقدِ بالإجماع(٢)، هذا زبدةُ ما في «الأكمليَّة»(٣).

[١] قولُه: (وصَحَّ النِّكاحُ بألفٍ) يعني: إذا اختلفَ الشُّهودُ في النِّكاح، فشهدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفٍ وخمسمئةٍ: قُبِلَتْ بألفٍ عند الأعظمِ خلافًا لصاحبيه.

لهما: أنَّ هذا اختلافٌ في السَّبب؛ لأنَّ المقصودَ منَ الجانبَينِ هو العقد، والاختلافُ في السَّبب يمنعُ قبولَ الشَّهادةِ في البيع.

[٢] قولُه: (وجهُ الاستحسان) إشارةٌ إلى دليل الأعظمِ يؤيِّدُه(٤) تبعيَّةُ المالِ في النِّكاح أنَّه يصحُّ بلا تسميةِ مهرٍ، ويملكُ التَّصرُّفَ في النِّكاح مَن لا يملكُ التَّصرُّفَ في المال؛ كالعمِّ والأخ، والاختلافُ في التَّابع لا يوجبُ الاختلافَ في الأصل، فكان ثابتًا.

[٣] قولُه: (ولا اختلافَ) إشارةٌ إلى دليلِ آخرَ تفصيلُه: أنَّ الأصلَ في النِّكاح الحِلُّ، والازدواج، والمِلك؛ لأنَّ شرعيَّتَه لذلكَ، ولزومُ المهرِ لصَونِ المحلِّ الخطيرِ عنِ الابتذال بالتَّسلُّط عليه مجَّانًا، ولا اختلافَ للشَّاهدَينِ فيها، فثبتَ الأصل.

---

(١) في (ش٣): «تابع».

(٢) وهو في معنى الأوَّل؛ لأنَّ الدَّعوى إذا كانت في العقد: بطلت الشَّهادة، فيؤخذ المستأجر باعترافه، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٤٩) (مِنهُ).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٤٩).

(٤) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): «يؤيِّد».

فيُقضى بالأقلِّ[١]، وتستوي دعوى أقلِّ المالين أو أكثرِهما[٢] في الصَّحيح[٣]، وقد قيل: إنَّ الاختلافَ في دعوى الزَّوجة، وأمَّا في دعوى الزَّوج: فلا تُقبَلُ اتِّفاقًا؛ إذِ المقصودُ هو العقدُ لا المال، وفي جانب الزَّوجةِ يُمكنُ أن يكونَ المقصودُ هو المال، لكنَّ الصَّحيحَ أنَّ الاختلافَ في الفصلَين(١)[٤].

ذخيرة العقبى

[١] وقولُه: (فيُقضى بالأقلِّ)؛ لاتِّفاقهما عليه(٢).

[٢] قولُه: (أو أكثرِهما) في الصَّحيح بكلمة «أو» التَّرديديَّة، والصَّواب: الواو بدلالة «يستوي».

[٣] قولُه: (في الصَّحيح) احترازٌ عمَّا قال بعضُهم: إنَّه لمَّا كان كالدَّين: وجبَ أن يكونَ الدَّعوى بأكثرِ المالَينِ كما في الدَّين، وإليه ذهبَ الأئمَّةُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، ووجهُ ما في الكتاب أنَّ المنظورَ إليه العقدُ، وهو لا يختلفُ باختلاف البدل؛ لكونه غيرَ مقصودٍ ثبتَ في ضمن العقد، فلا يُراعى فيه ما هو شرطٌ في المقصود، وهو الدَّين.

[٤] قولُه: (في الفصلَين) يعني: ما إذا كانتِ المرأةُ تدَّعي، وما إذا كان الزَّوجُ يدَّعي(٣).

---

(١) أي: الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الفصلين، أي: فيما إذا كان مدَّعي النِّكاح الرَّجل والمرأة. «البناية شرح الهداية»: (٩/ ١٨٠).

(٢) واعترِض عليه: بأنَّ فيه تكذيبَ أحد الشَّاهدَين.
وأُجيب: بأنَّه فيما ليس بمقصودٍ، وهو المال، والتَّكذيب فيه لا يوجب التَّكذيب في الأصل، وفيه نظرٌ، فإنَّ مراد المعترض ليس بطلانَ الأصل؛ بل بطلان التَّبع، ومعنى كلامه: أن يبطل المال المذكور في الدَّعوى، ويلزم مهر المثل.
والجواب المذكور ليس بدافعٍ لذلك كما ترى، والجواب: أنَّ المال إذا لم يكن مقصودًا: كان كالدَّين، والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القَبول بالاتِّفاق كما تقدَّم، فالتَّشكيك فيه غير مسموعٍ، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٥٢)(مِنهُ).

(٣) وهذا أصحُّ؛ لأنَّ الكلام ليس في أنَّ الزَّوج يدَّعي العقد أوِ المال، والمرأة تدَّعي ذلك، =

[فصلٌ في الشَّهادة على الإرث]

(ولَزِمَ الجرُّ(١) لشاهِدِ الإرثِ بقَولِهِ: «ماتَ وتَرَكَهُ(٢) ميراثًا له»، أو: «ماتَ وذا مِلكُهُ»، أو: «في يَدِهِ») إذا قال الشُّهود: «كان هذا لمورِّثِ هذا المدَّعي»: لا يُقضى للوارثِ حتَّى يجرُّوا الميراثَ إلى المدَّعي بقولهم: «ماتَ وتركَه ميراثًا له... إلى آخرِه» خلافًا لأبي يوسُف، فإنَّه لا يُشتَرَطُ عنده الجرُّ.

(فإن قال: «كانَ لأبيهِ إعارَةً»، أو: «أودَعَهُ مَن في يَدِهِ[١]»: جازَ بلا جَرٍّ)؛ لأنَّ يدَ المستعير، والمودَع، والمستأجِر: قائمٌ مقامَ يدِه، فلا حاجةَ إلى الجرِّ[٢].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (مَن في يَدِه) مفعولٌ ثانٍ لكلٍّ واحدٍ منَ الفعلَين السَّابقَينِ اللَّذَينِ اتَّصلَ بكلٍّ واحدٍ منهما مفعولُه الأوَّلُ العائدُ إلى المدَّعي المفهومِ بمعونة المقام، وإنَّما تعرَّضنا لهذا الأمرِ الواضح؛ لصدور هَفوةٍ هائلةٍ هنا من بعض شرَّاحِ «الوقاية» حيثُ قال: ((الموصولُ مع صلتِه فاعلُ «قال»)).(٣)

[٢] قولُه: (فلا حاجةَ إلى الجرِّ) اعلمْ أنَّهم ذكروا لقَبول الشَّهادةِ على الإرث شرائطَ:

منها: أن يشهدوا أنَّه كان لمورِّثه، حتَّى لو قالوا: «إنَّه لمورِّثه»: لا يُقبَل.

ومنها: أن يُدرِكوا الميِّت؛ لأنَّ الشَّهادةَ على المِلك بالتَّسامع: لا تصحُّ.

= وإنَّما الكلام في أنَّ الاختلاف في الشَّهادة على مقدار المهر: هل يوجب خللًا في نفس العقد أو لا؟ وقال أبو حنيفة: لا يُوجِب ذلك، وقالا: يُوجِبُه، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٥٣) (مِنهُ).

(١) أي: إذا ادَّعى الوارث شيئًا في يد إنسانٍ أنَّه ميراث أبيه مثلًا، وشهد الشَّاهدان أنَّ هذا كان لأبيه: لا يقضي له حتَّى يجرَّ الميراث حقيقةً بأن يقول الشاهد: «مات وتركه ميراثًا للمدَّعي»، أو حكمًا بأن يقول: «مات وهذا ملكه». «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٥٩٩).

(٢) في بعض نسخ الشرح: «وترك»، وفي بعضها: «وتركها».

(٣) أي: العلاَّمة ابن ملَكٍ: (٣/ ٢٥٤).

(ولو شَهِدا بيَدِ حَيٍّ[١] منذُ كذا: رُدَّت) أي: شهِدا أنَّه كان في يد المدَّعي منذُ شهرٍ، والحالُ أنَّه ليس في يد المدَّعي عند الدَّعوى: لا تُقبَل؛ لأنَّ اليدَ متنوِّعةٌ إلى يد ملكٍ[٢] ويدِ أمانةٍ وضمانٍ(١)، فتعذَّرَ القضاءُ بإعادة المجهول.

وعند أبي يوسُف: تُقبَل.

ومنها: أن يُبيِّنوا وجهَ الاستحقاق، حتَّى لو قالوا: «أخوه ماتَ وتركَه ميراثًا»: لا تُقبَلُ ما لم يقولوا: «أخوه لأبيه» أو: «لأمِّه» أو: «لهما».

ومنها: الجرُّ(٢) المذكورُ في الكتاب عندهما خلافًا لأبي يوسف، وإن شهدوا أنَّه كان لأبيه تركَه ميراثًا، ولم يقولوا: «لا نعلمُ له وارثًا سواه»، فإن كان هو ممَّنْ يرثُ في حالٍ دونَ حالٍ: لا يقضي(٣)، وإن كان ممَّنْ يرثُ على كلِّ حالٍ: يحتاطُ(٤) وينظرُ القاضي، ثمَّ يقضي بكلِّه له، كذا في «البيانيَّة»(٥).

[١] **قولُه**: (بيَدِ حَيٍّ) قيَّدَ باليد؛ لأنَّه لو لم يذكرِ اليدَ؛ بل قال: «إنَّها كانت له»: يُقبَلُ بالاتِّفاق، وقيَّدَ بالحيِّ؛ لأنَّهما لو شهدا للميِّت بأنَّها كانت في يده وقتَ الموت: تُقبَلُ الشَّهادةُ بالإجماع، وتكونُ الدَّارُ لوارثه، وأمَّا لفظُ: «منذُ كذا»: فليس بقيدٍ أصلًا، كذا فُهِمَ من تقرير «الكفاية»(٦).

[٢] **قولُه**: (إلى يدِ ملكٍ... إلخ) وكلُّ ما كان كذلك: فهو مجهولٌ، فتعذَّرَ القضاءُ بإعادة المجهول؛ لأنَّه إن وجبَتْ إعادتُها من وجهٍ: لا تجبُ إعادتُها من وجوهٍ، فلا تجبُ بالشَّكِّ، كذا في «الكافي»(٧).

---

(١) في (ش٢) و(ش٤): «ويد ضمان».
(٢) في (ح٤): «الجبر».
(٣) لاحتمال عدم الاستحقاق (مِنهُ).
(٤) أي: يتأمَّل للاحتياط (مِنهُ).
(٥) «غاية البيان»: (١١/ ٣٦١).
(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٥٢١).
(٧) «الكافي»: (٧/ ٢٤٣).

(فإن أقرَّ المُدَّعى عليهِ بذلك، أو شَهِدا أنَّهُ أقرَّ(١) بيَدِ المُدَّعي: صَحَّ)؛ لأنَّ جهالةَ المقرِّ به لا تمنعُ صحَّةَ الإقرار[١].

ذخيرة العقبى

[١]قولُه: (لا تمنعُ صحَّةَ الإقرار) يعني: أنَّ المشهودَ به هو الإقرار، وهو معلومٌ، والجهالةُ في المُقَرِّ به، وذلك لا يمنعُ القضاء؛ كما لوِ ادَّعى عشَرةَ دراهم، فشهدوا على إقرار المدَّعى عليه أنَّ له عليه شيئًا: جازتِ الشَّهادة، ويؤمَرُ بالبيان.

(١) في (ش٤) زيادة: «به».

[فصلٌ في الشَّهادة على الشَّهادة]

(وتُقبَلُ الشَّهادَةُ على الشَّهادَةِ إلَّا في حَدٍّ وقَوَدٍ، وشُرِطَ لها تَعَذُّرُ حُضورِ الأصلِ بمَوتٍ، أو مَرَضٍ، أو سَفَرٍ) وعند أبي يوسُف: يكفي[١] مسافةُ إنْ غدَا: لا يبيتُ إلى أهله(١).

(وشَهادَةُ عَدَدٍ(٢) عن كُلِّ أصلٍ، لا تَغايُرُ فَرعَي هذا وذاك(٣)) خلافًا للشَّافعيِّ(٤)؛ إذ عنده: لا بدَّ من أربعةٍ، يشهدُ اثنانِ عن هذا، وآخرانِ عن ذاك.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (وعند أبي يوسف: يكفي(٥)) قال في «الكفاية»(٦): ((وعن محمَّدٍ: أنَّه يجوزُ كيفَما كان، حتَّى رُوِيَ عنه: أنَّه إذا كان الأصلُ في زاوية المسجد، فشهدَ الفرعُ في زاويةٍ أخرى من ذلك المسجد: تُقبَل)) انتهى.

---

(١) أي: أن الشَّاهد الأصل إذا كان في مكانٍ لو ذهب بكرة النَّهار لأداء الشَّهادة لا يستطيع بعد الرُّجوع من مجلس القاضي أن يبيت في أهله: صحَّ الشَّهادة؛ إحياءً لحقوق النَّاس. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٦٠٣).

(٢) أي: وشرط لها شهادة عدد نصابٍ، وهو رجلان أو رجلٌ وامرأتان. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٦٠٤).

(٣) أي: بأن يكون لكلِّ شاهدٍ شاهدان مغايران. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٦٠٤).

(٤) ينظر: «التَّنبيه»: (ص ٢٧٢).

(٥) وهو ههنا شرع في بيان الشَّهادة على الشَّهادة، واعلم أنَّ هذا الباب ليس بمختصٍّ بالرِّجال؛ بل يجوز للمرأة أن تُشهِدَ على شهادتها رجلًا وامرأتين، وكذا يجوز أن يشهد على الشَّهادة رجلٌ وامرأتان؛ لتمام النِّصاب لعبد الملك من أصحاب مالكٍ، فإنَّه لا يجوز بناءً على أنَّ الشَّهادة على الشَّهادة ليست بمالٍ، ولا المقصود منه المال، ويطَّلع عليه الرِّجال، فأشبه النِّكاح.

قلنا: شهادتهنَّ في غير الحدود معتبَرةٌ، ونقل الشَّهادة ليس من الحدود والقصاص، كذا في «المعراجيَّة»: (٦/ ٥٩٦) (مِنهُ).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٥٢٩).

وعندنا: يكفي اثنانِ[١] يشهدانِ عن هذا، ويشهدانِ عن ذاك.

[صفةُ الإشهاد]

(ويَقولُ الأصلُ: «اِشهَدْ على شَهادَتي أنِّي أشهَدُ بكذا»، والفَرعُ: «إنِّي(١) أشهَدُ أنَّ فُلانًا أشهَدَني على شَهادَتِهِ بكذا، وقالَ لي: اشهَدْ على شَهادَتي بذلك») بعضُ المشايخِ طوَّلوا وقالوا:

يقولُ الأصلُ: «أشهَدُ بكذا(٢)، وأنا أُشهدُكَ على شهادتي، فاشهَدْ على شهادَتي» ففيه خمسُ شيناتٍ.

ويقولُ الفرع: «أشهدُ أنَّ فلانًا شهِدَ عندي بكذا، وأشهَدَني على شهادته بذلك، وأمرَني أن أشهدَ على شهادته، وأنا أشهدُ على شهادته بذلك»، وفيه ثماني شيناتٍ.

والأحسنُ الأقصرُ: قولُ أبي جعفرٍ: أن يقولَ الأصل: «اشهَدْ على شهادتي بكذا»، ويقولَ الفرع: «أشهدُ على شهادة فلانٍ بكذا» من غير احتياجٍ إلى ذكر زيادةٍ، وعليه فتوى الإمامِ السَّرَخسيِّ(٣).

ومآلُه إلى ما نقلَه الأكملُ حيثُ قال(٤): ((ورُوِيَ عن أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: أنَّها تُقبَلُ وإن كان الأصولُ في المصر؛ لأنَّهم ينقلونَ قولَهم، فكان كنقلِ إقرارِهم)).

[١] قولُه: (يكفي اثنان) لأنَّ الشَّاهدَينِ يجوزُ لهما أن يشهدا على قضيَّاتٍ كثيرةٍ، كذا في «التَّبيين»(٥).

---

(١) «أني»: سقط من (ش٤). (٢) في (ش١): «بذلك».

(٣) حكاها عنه في «المحيط البرهاني»: (٨/ ٣٩٨) نقلاً عن الفقيه أبي جعفر.

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٦٩).

(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٣٨).

(فإن عَدَّلَ الفَرعُ أصلَهُ: صَحَّ؛ كأَحَدِ الشَّاهِدَينِ الآخَرَ(١)، وإن سَكَتَ عنهُ(٢): نُظِرَ في حالِهِ) أي: ينظرُ القاضي في حال الأصل، فإن ثبتَ عدالتُه: تُقبَلُ شهادةُ فرعِه، هذا عند أبي يوسُف.

وعند محمَّدٍ: لا تُقبَل؛ إذ لا شهادةَ إلَّا بالعدالة، فإذا لم يعرِفِ الفرعُ عدالةَ الأصل: لم تُقبَل شهادتُه، فلا تُقبَلُ شهادةُ الفرع.

قلنا: لا يُشترَطُ معرفةُ الفرعِ عدالةَ الأصل، بل يُشترَطُ أن يثبتَ ذلك عند القاضي، فإن ثبتَ عنده: تُقبَل، وإلَّا: لا.

(وإن أنكَرَ الأصلُ[١] شَهادَتَهُ(٣): بَطَلَ شَهادَةُ فَرعِهِ، ولو شَهِدا[٢] عَنِ اثنَينِ على عَزَّةَ بِنتِ عَزٍّ المُضَريِّ(٤)، وقالا: «أخبَرانا بمَعرِفَتِها»، وجاءَ المُدَّعي بامرَأةٍ

---

[١] قولُه: (وإن أنكَرَ الأصلُ) ومعنى المسألةِ: أنَّهم قالوا: «ما لنا شهادةٌ على هذه الحادثة»، فماتوا أو غابوا، ثمَّ جاء الفروعُ يشهدونَ على شهادتهم بهذه الحادثة، أمَّا معَ حضرتِهم: فلا يُلتفَتُ إلى شهادة الفروعِ وإن لم يُنكِروا، وهذا لأنَّ التَّحميلَ شرطٌ، وقد فاتَ للتَّعارض(٥) بينَ الخبرَين، كذا في «الكفاية»(٦).

[٢] قولُه: (ولو شَهِدا) أي: الفرعانِ (عنِ اثنَين)؛ يعني: الأصلَين، (وقالا) أي: الفرعان: (أخبرانا) أي: الأصلانِ (بمعرفتِها) أي: بأنَّهما يعرفانِ عَزَّةَ بوجهها.

---

(١) أي: كما صحَّ تعديل أحدهما الآخر. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٥٨).

(٢) أي: سكت الفرع عن تعديل الأصل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٥٨).

(٣) أي: شهادة الفرع.

(٤) في في (م٢): «المصري».

(٥) ومعنى التَّعارض بينهما: أنَّ الأصول أنكروا التَّحميل، والفروع أثبتوه، كذا في «البيانيَّة»: (١١/ ٣٨٤) (مِنهُ).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٦/ ٥٣٠).

لم يَدريا[١] أنَّها هي أم لا: قيلَ له: «هاتِ شاهِدَينِ أنَّها عَزَّةُ»).

اعلم أنَّ الغرضَ من هذه المسألةِ أنَّه لا يُشترَطُ أن يعرِفَ الفرعُ المشهودَ عليه، بل يُقالُ للمدَّعي: «هاتِ شاهدَينِ يشهدانِ أنَّ الذي أحضرتَه هو المشهودُ عليه»، وليس الغرضُ أنَّه إذا شهِدا على فُلانةَ بنتِ فلانٍ المُضريِّ(١): تكونُ النِّسبةُ تامَّةً، وتكونُ الشَّهادةُ مقبولةً؛ لأنَّه إذا لم يذكُرِ الجدَّ، فلا بدَّ أن ينسُبَ إلى السِّكَّة الصَّغيرة، أو إلى فَخْذٍ؛ أي: القبيلةِ الخاصَّة[٢]؛ لتتِمَّ النِّسبة.

وتُقبَلُ الشَّهادةُ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، خلافًا لأبي يوسُف، فإنَّ ذِكرَ الجدِّ لا يُشترَطُ عنده، فلا يُشترَطُ ما يقومُ مَقامَه من ذِكر السِّكَّةِ أوِ الفخْذ.

---

[١] وقولُه: (لم يَدريا) أي: الفرعانِ (أنَّها) أي: تلك المرأةُ التي جاءَ بها المدَّعي (هي) أي: عَزَّة، وأمَّا عَزَّة: وهي - بفتح العينِ المهمَلة، والزَّايِ المعجَمةِ المشدَّدة -: بنتُ ظبية، وبها سُمِّيَتِ المرأةُ عَزَّةَ، والمُضريُّ - بضمِّ الميمِ وفتحِ الضَّادِ المعجَمة -: نسبةٌ عامَّةٌ إلى مُضَرَ بنِ نزارِ بنِ معَدِّ بنِ عدنانَ جَدِّ رسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

[٢] قولُه: (أي: القبيلةِ الخاصَّة) أي: التي لا قبيلةَ دونَها، حتَّى قال في «الصِّحاح»(٢): ((الفخْذُ - بسكون الخاءِ المعجَمة -: آخرُ القبائلِ السِّتِّ، أوَّلُها الشَّعبُ(٣)، ثمَّ القبيلة، ثمَّ الفصيلة، ثم العِمارة(٤)، ثمَّ البطن، ثمَّ الفخْذ)).

وإنَّما يقومُ الفخْذُ مقامَ الجدِّ؛ لأنَّه اسمُ الجدِّ الأعلى، فتنزَّلَ منزلةَ الأدنى في النِّسبة، وهو أبُ الأب، كذا في «العناية»(٥).

---

(١) في (ش١) و(ش٣) «المصري».

(٢) «الصِّحاح»: (فخذ).

(٣) بفتح الشِّين (مِنهُ).

(٤) بكسر العين المهملة (مِنهُ).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٧٤).

(وكذا الكِتابُ الحُكميُّ) أي: إذا جاء كتابُ القاضي إلى القاضي[١]، ولا يعرِفُ الشُّهودُ المشهودَ عليه: قيل للمدَّعي: «هاتِ شاهدَينِ أنَّ هذا هو المشهودُ عليه».

(فإن قالا فيهِما) أي: قالا في الشَّهادة على الشَّهادة والكتابِ الحُكميِّ: («المُضَريَّةُ»(١): لم يَجُز[٢] حتَّى يَنسُباها إلى فَخْذِها)؛ لأنَّ هذه النِّسبةَ عامَّةٌ.

ثمَّ اعلم أنَّ هذا في العرب، أمَّا في العجَم: فلا يُشترَطُ ذِكرُ الفخْذ؛ لأنَّهم ضيَّعوا أنسابَهم، بل ذِكرُ الصِّناعةِ يقومُ مَقامَ ذِكرِ الجدِّ(٢).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (أي: إذا جاءَ كتابُ القاضي إلى القاضي) لا يُقال: إنَّ كتابَ القاضي نقلَ شهادةَ الأصولِ في الحقيقة، ولا بدَّ لنقل الشَّهادةِ من اثنَين.

لأنَّا نقولُ(٣): إنَّ القاضيَ لعموم ولايتِه وكمالِ عدالتِه: قائمٌ مقامَ اثنَين، وللولاية تأثيرٌ في تنزيل شخصٍ مقامَ شخصَين؛ كالوليِّ يتولَّى بطرفَيِ العقد، كذا في تاج الشَّريعة(٤).

[٢] قولُه: (لم يَجُزْ... إلخ) يعني: أنَّ التَّعريفَ لا بدَّ منه، ولا يحصلُ بالنِّسبة العامَّة، والمُضَريَّةُ عامَّةٌ بالنِّسبة إلى بني مُضَر؛ لأنَّهم قومٌ لا يُحصَون، فكم يكونُ بينَهم نساءٌ اتَّحدَت أساميهنَّ وأسامي آبائهنَّ؟

(١) في (م١) و(م٢): «المصرية».
(٢) قوله: «ذكر الجد» في (ش٣): «الفخذ».
(٣) هذا الجواب مذكورٌ في «الهداية»: (٣/ ١٣٠) (مِنهُ). حيث قال: ((إلَّا أنَّ القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنَّقل)).
(٤) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ٥٧) مخطوط.

[فصلٌ في شهادة الزُّور]

(ومَن أقرَّ أنَّهُ شَهِدَ زورًا: شُهِّرَ ولم يُعَزَّر) فإنَّ شُرَيحًا[١] كان يُشهِّرُ ولا يُعزِّر، فيبعثُه[٢] إلى سوقه إن كان سوقيًّا، وإلى قومه إن لم يكن سوقيًّا عند اجتماعهم، فيقول: «إنَّا أخذناه شاهدَ زورٍ، فاحذَروه وحذِّروه(١) النَّاسَ».

وقالا: يوجِعُه ضربًا ويحبِسُه، وهو قولُ الشَّافعيِّ(٢)، فإنَّ عمرَ ضربَ شاهدَ الزُّورِ أربعينَ سَوطًا، وسخَّمَ وجهَه(٣)[٣]، وقد قيل: إنَّما وضعَ المسألةَ في الإقرار؛

---

[١] **قولُه**: (فإنَّ شُرَيحًا... إلخ) وإنَّما كان فعلُه حُجَّةً؛ لأنَّه كان قاضيًا معروفًا بالعدل في زمنِ عمرَ وعليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا(٤) والصَّحابةُ متوافرةٌ، وما كان يخفى عليهم ما يعملُه وسكتوا عنه، فكان كالمَرويِّ عنهما، وحلَّ محلَّ الإجماع، كذا في «العناية»(٥).

[٢] **قولُه**: (فيبعثُه... إلخ) تفسيرٌ للتَّشهير.

لا يُقال: هذا التَّشهيرُ تعزيرٌ له عند الأعظمِ كما صرَّحَ به في «الكافي»(٦)، فما معنى قولِه: «ولا يُعزِّرُ» بعد قوله: «كان يُشهِّر».

لأنَّا نقول: معناه: لا يضربُه بقرينة مقابلةِ التَّشهير، وأمَّا مقدارُ الحبسِ والتَّعزير: فمفوَّضٌ إلى رأي القاضي.

[٣] **قولُه**: (وسخَّمَ وجهَه... إلخ) بالخاء المعجَمة، منَ السُّخام، وهو سوادُ

---

(١) في (ش٣) «وحذروا». (٢) ينظر: «المجموع»: (٢٠/ ٢٣٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنَّفه»: (٢٨٧١٣) وعبد الرَّزَّاق في «مصنَّفه»: (١٥٣٩٦) والبيهقيُّ في «السُّنن الكبرى»: (٢٠٤٩٣) من حديث مكحولٍ.

(٤) يُنظَر: «مصنَّف ابن أبي شيبة»: (٢٣٠٤٤)، و«مصنَّف عبد الرَّزَّاق»: (١٥٣٩١).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٧٦).

(٦) «الكافي»: (٧/ ٢٧٨)، حيث قال: ((قال أبو حنيفة: تعزيره: تشهيره فقط)).

لأنَّ شهادةَ الزُّورِ لا تُعلَمُ إلَّا بالإقرار؛ ولا تُعلَمُ بالبيِّنة[١].

أقول: قد يُعلَمُ بدون الإقرار، كما إذا شهِدَ بموتِ زيدٍ، أو بأنَّ فلانًا قتلَه، ثمَّ ظهرَ زيدٌ حيًّا، وكذا إذا شهِدَ(١) برؤية الهلال، فمضى ثلاثون يومًا، وليس بالسَّماء علَّةٌ، فلم يُرَ الهلال، ومثلُ هذا كثيرٌ(٢).

ذخيرة العقبى

القِذْر(٣)، أوِ المهمَلة، منَ الأسحم بمعنى: الأسود، كذا في «العناية»(٤).

[١] **قولُه:** (ولا تُعلَمُ بالبيِّنة)؛ لأنَّه نفيٌ للشَّهادة، والبيِّناتُ شُرِعَتْ للإثبات، وقد أشارَ بعضُ شرَّاحِ «الهدايةِ»(٥) إلى جواب قولِ الشَّارح: «أقول: قد يُعلَمُ... إلخ»، حيثُ قال(٦): ((ولم يذكرِ الذي شهدَ بقتل شخصٍ وظهرَ حيًّا، أو بموته وكان حيًّا؛ إمَّا لندرته، وإمَّا لأنَّه لا محيصَ له أن يقول: «كذبتُ»، أو: «ظننتُ ذلك»، أو: «سمعتُ ذلك فشهدتُ»، وهما بمعنى: «كذبت»؛ لإقراره بالشَّهادة بغير علمٍ، فجُعِلَ كأنَّه قال ذلك))، فليُنظَرْ في «العناية»(٧).

---

(١) في (ش٤): «شهدوا».

(٢) كما إذا شهد أنَّ فلانة ولدت ولدًا ثمَّ وجدت بكرًا، وعلى هذا القياس. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٦١٦).

(٣) ومنه: سخَّم الله وجهه تسخيمًا؛ أي: سوَّده (مِنهُ).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٧٥).

(٥) أي: صاحب «النِّهاية»: (٨/ ٣٢)، و«العناية»: (٧/ ٤٧٧) (مِنهُ).

(٦) أي: صاحب «العناية».

(٧) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٧٧).

فصلٌ
[الرُّجوعُ عنِ الشَّهادة]

(لا رُجوعَ عنها إلَّا عندَ قاضٍ، فإن رَجَعا عنها قبلَ الحُكمِ بها: سَقَطَت[(١)][١]، ولم يَضمَنا، وبعدَهُ: لم يُفسَخ) أي: إذا رجَعا عنِ الشَّهادة بعدَ حُكم القاضي: لم يُفسَخِ الحكمُ[٢] (وضَمِنا ما أتلَفاهُ بها ....

فصلٌ
[الرُّجوعُ عنِ الشَّهادة]

[١] قولُه: (سَقَطَت... إلخ) أي: عن إثبات الحقِّ بها على الغريم؛ لأنَّ الحقَّ إنَّما يثبتُ بقضاء القاضي، ولا قضاءَ ههنا؛ لأنَّه لا يقضي بكلامٍ متناقضٍ، ولا ضمانَ عليهما؛ لأنَّه بالإتلاف، ولا إتلافَ ههنا؛ لأنَّهما ما أتلفا شيئًا، لا على المدَّعي، ولا على المدَّعى عليه، أمَّا الثَّاني: فظاهرٌ، وأمَّا الأوَّل: فلأنَّ الشَّهادةَ إن كانت حقًّا في الواقع ورجعا عنها: صارا كاتمَينِ للشَّهادة، ولا ضمانَ على مَن يكتمُها(٢)؛ لأنَّ عدمَ ثبوتِ حقِّه لا يُضافُ إلى رجوعهما؛ بل هو باقٍ على أصل العدمِ على ما كان، غايةُ الأمرِ أن يُقال: لولا رجوعُهما: لقضى بشهادتهما، وثبت له الحقُّ، لكنَّ ذلك لا يوجبُ الضَّمان، كما لو أبَيا أن يشهدا ابتداءً، كذا في «التَّبيين» و«العناية»(٣).

[٢] قولُه: (لم يُفسَخِ الحكمُ)؛ لأنَّه لوِ انفسخَ به: لأدَّى إلى التَّسلسل الباطلِ(٤)؛

(١) أي: شهادتهما.

(٢) فإنَّ جزاءه الإثم فقط، قال عزَّ وعلا: ﴿فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] (مِنهُ).

(٣) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٤٤)، و«العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٧٨).

(٤) لأنَّه كما لا يتحقَّق بالكلام المتناقض: لا ينفسخ به؛ لأنَّ الفسخ نسخٌ، فهو يقتضي المماثلة، كذا في تاج الشَّريعة: (ق: ٢/ ٥٧) (مِنهُ).

إذا قَبَضَ مُدَّعاهُ دَينًا كانَ أو عَينًا[١]) حتَّى إن قضى القاضي، ولم يقبِضِ المدَّعي مدَّعاه: لا يجبُ الضَّمان، بل يتوقَّفُ الضَّمانُ على القبض، فلمَّا قبض: يضمنُ الشُّهود.

وعند الشَّافعيِّ: لا ضمانَ على الشُّهود إذا رجَعوا(١)؛ إذ لا اعتبارَ للتَّسبيب عند وجود المباشَرة، وهو حكمُ القاضي.

قلنا: إذا تعذَّرَ تضمينُ المباشِر، وهو القاضي؛ لأنَّه مُلجأٌ[٢] في القضاء: يُعتبرُ التَّسبيب.

ذخيرة العقبى

لأنَّه حينئذٍ جاز أن يرجعَ عن رجوعه مرَّةً بعد أخرى، وليس لبعضٍ على غيره ترجيحٌ، فيتسلسلُ الحكمُ وفسخُه، وذلك خارجٌ عن موضوعات الشَّرع؛ ولأنَّه في الدَّلالِ على الصِّدق مثلُ الأوَّل، وقد ترجَّحَ الأوَّلُ باتِّصال القضاءِ به، كذا في «الهداية» و«شروحِها»(٢).

[١] قولُه: (إذا قَبَضَ مُدَّعاهُ دَينًا كانَ أو عَينًا... إلخ) وإنَّما توقَّفَ الضَّمانُ على القبض؛ لأنَّ تحقُّقَ الخسرانِ عند تسليم المالِ إلى المَقضيِّ له، وأمَّا ما بقيَتْ يدُ المَقضيِّ عليه في ماله: فلا يتحقَّقُ الخسرانُ في حقِّه.

[٢] قولُه: (لأنَّه مُلجَأٌ) - على صيغة المفعولِ -؛ أي: مضطرٌّ من جهتهما، فإنَّ القضاءَ واجبٌ عليه بعد ظهور عدالتِهما، حتَّى لوِ امتنعَ عنه أو أخَّرَه: يأثم، ولو لم يرَ وجوبَ القضاءِ على نفسه: يكفرُ ويستحقُّ العزلَ ويُعزَّر، ولو أوجبنا عليه الضَّمان: لامتنعَ النَّاسُ عن تقلُّد القضاءِ؛ مخافةَ الغرامة، وذلك ضررٌ عامٌّ، فيُتحمَّلُ الضَّررُ

(١) لكن في كتبهم أنَّهم إذا رجعوا غرموا. ينظر: «مغني المحتاج»: (٦/ ٣٩٢).
(٢) «الهداية»: (٣/ ١٣٢)، و«العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٧٩) وفيها: «الدَّلالة» بدل «الدَّلال».

(فإن رَجَعَ أحَدُهُما: ضَمِنَ نِصفًا، والعِبرَةُ للباقي لا للرَّاجِعِ، فإن رَجَعَ أحَدُ ثَلاثَةٍ شَهِدوا: لم يَضمَن)؛ لبقاء نصابِ الشَّهادة (فإن[١] رَجَعَ آخَرُ: ضَمِنا نِصفًا)؛ لأنَّ نصفَ نصابِ الشَّهادةِ باقٍ.

(وإن رَجَعَتِ امرَأَةٌ مِن رَجُلٍ وامرَأتَينِ: ضَمِنَت رُبُعًا، وإن رَجَعَتا: ضَمِنَتا نِصفًا.

وإن رَجَعَت ثَمانٍ من رَجُلٍ وعَشرِ نِسوَةٍ: فلا غُرمَ، وإن رَجَعَت أُخرى: ضَمِنَتِ التِّسعُ رُبُعًا)؛ لبقاء ثلاثةِ أرباعِ النِّصاب.

(وإن رَجَعَ الكُلُّ: فعلى الرَّجُلِ سُدُسٌ عندَ أبي حَنيفَةَ، ونِصفٌ عندَهُما، وما بَقِيَ عليهنَّ على القَولَينِ) **لهما**: أنَّ الرَّجلَ الواحدَ نصفُ النِّصاب، والنِّساءَ وإن كثُرنَ: يقُمنَ مَقامَ رجُلٍ واحدٍ.

ولأبي حنيفةَ: أنَّ كلَّ امرأتَينِ معَ الرَّجلِ يقومُ مَقامَ رجلٍ واحدٍ.

(وإن رَجَعنَ[٢] فقط: فنِصفٌ إجماعًا)؛ لبقاء نصفِ النِّصاب، وهو الرَّجلُ (وغَرِمَ[٣] رَجُلانِ شَهِدا معَ امرَأةٍ، ثمَّ رَجَعوا لا هي)؛ لأنَّه لم يثبُتْ بشهادة المرأةِ الواحدةِ شيءٌ.

الخاصُّ لأجله، ولا يُمكنُ استيفاؤه منَ المدَّعي؛ لأنَّ الحكمَ نافذٌ، فلا يرتفعُ بالرُّجوع، كذا في الشُّروح[٤].

---

(١) في (م٢): «وإن».

(٢) في (ش٥): «رجعتا».

(٣) في (ش١): «غرما».

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٨١)، و«تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٤٤)

(ولا يَضمَنُ راجِعٌ في نِكاحٍ بمَهرٍ مُسَمًّى شَهِدا(١) عليها، أو عليهِ، إلَّا ما زادَ على مَهرِ مِثلِها) أي: إن شهِدا بالنِّكاح بمُسمًّى مساوٍ لمهر المثل، ثمَّ رجَعا: فلا ضمان، سواءٌ شهِدا على المرأة، أو على الرَّجل؛ لأنَّهما لم يُتلِفا شيئًا.

وكذا إن كان المسمَّى أقلَّ من مهر المثل؛ لأنَّ منافعَ البُضعِ[١] غيرُ متقوَّمةٍ عند الإتلاف[٢].

أمَّا إذا كان المسمَّى أكثرَ من مهر المثل: ضمِنا ما زادَ[٣] على مهر المثل.

(وفي بَيعٍ إلَّا ما نَقَصَ عن قيمَةِ مَبيعِهِ) أي: لا يضمنُ الرَّاجعُ في بيعٍ إلَّا ما نقصَ عن قيمة المَبيع.

---

[١] قولُه: (لأنَّ منافعَ البُضعِ) وهو في أصل اللُّغة: بفتح الباء بمعنى: الشَّقِّ، والمُباضعة: المُباشرة(٢)؛ لما فيها من نوعِ شقٍّ، وبضمِّ الباء: اسمٌ منها، وقد كُنِّيَ بها عنِ الفرج في قولِهم: «ملكَ فلانٌ بُضعَ فلانةَ»؛ إذا عقدَ بها.

[٢] قولُه: (عند الإتلاف) يعني: أنَّ المتلَفَ ههنا منافعُ البُضع، وهي غيرُ مضمونةٍ عندنا بالإتلاف؛ لأنَّ التَّضمينَ يقتضي المماثلةَ بالنَّصِّ على ما عُرِف، ولا مماثلةَ بينَ العينِ والمنفعة، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٣).

[٣] قولُه: (ضَمِنا ما زادَ)؛ لأنَّهما أتلفاه بغير عوضٍ، والإتلافُ بلا عوضٍ مضمونٌ بالنَّصِّ، والله أعلم.

---

(١) في (ش١) و(ش٣) و(م١) و(م٢): «شهد».
(٢) أي: المجامعة (مِنهُ).
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٤٨٧).

صورةُ المسألة: ادَّعى المشتري أنَّه اشترى العبدَ بألفٍ، وهو يُساوي ألفَين، فشهِدَ شاهدان، ثمَّ رجَعا: ضمِنا(١) الألف.

وإنَّما قلنا: «ادَّعى المشتري» حتَّى إذا ادَّعى البائع: لم يضمَنا؛ لأنَّ البائعَ رضيَ بالنُّقصان.

وإن كانَ الثَّمنُ مُساويًا للقيمة: فلا ضمان؛ لعدم الإتلاف.

وإن كان الثَّمنُ أكثر: فإن كان الدَّعوى مِنَ المشتري: فلا ضمان؛ لأنَّ المشتريَ رضيَ بالزِّيادة على القيمة.

وإن كان الدَّعوى مِنَ البائع: ضمِنا للمشتري ما زاد على القيمة.

وهذه المسألةُ[١] غيرُ مذكورةٍ في «المتن»؛ لأنَّ وضعَ مسألةِ «المتنِ» فيما إذا كان الدَّعوى مِنَ المشتري، فإنَّ عبارةَ «الهدايةِ»(٢) هكذا: ((وإن شهِدا ببيعِ شيءٍ)).

---

[١] قولُه: (وهذه المسألةُ) أقول: لمَّا وردَ على ظاهره أنَّ رجوعَ الشُّهودِ في البيع أعمُّ من أن تكونَ الدَّعوى منَ البائع أوِ المشتري معَ أنَّ ضمانَ ما نقصَ لا يُتصوَّرُ إلَّا في الثَّاني كما صرَّحَ به الشَّارحُ في تصوير المسألة، فما وجهُ الاستثناءِ المطلَقِ الذي يشملُ القسمَينِ معًا؟ دفعَه الشَّارحُ بقوله: «وهذه المسألةُ غيرُ مذكورةٍ... إلخ»؛ يعني: أنَّ مرادَ المصنِّفِ تخصيصَ المسألةِ بدعوى المشتري كما اقتضاه عبارةُ «الهداية»(٣)، فاستقامَ الاستثناء، ومنهم مَن قال: يُمكنُ أن يكونَ المرادُ من لفظ البيعِ

---

(١) في (ش٤): «ضمن».

(٢) «الهداية»: (٣/ ١٣٣).

(٣) «الهداية»: (٣/ ١٣٣)، حيث قال: ((وإن شهدا ببيع شيءٍ بمثل القيمة أو أكثر، ثمَّ رجعا: لم يضمنا)).

فإنَّ هذا الكلامَ إنَّما يُقالُ إذا ادَّعى المشتري أنَّ البائعَ باع، فأنكرَ البائعُ البيع، فشهِدَ الشُّهودُ على البائع بالبيع[(١)]، وإن كان الدَّعوى مِنَ البائع: فالبائعُ يدَّعي أنَّ المشتريَ اشترى منِّي هذا العبدَ بكذا، وعليه الثَّمن، فأنكرَ المشتري شراءَه، فشهدَ الشُّهودُ أنَّه اشترى العبدَ بكذا، فالعبارةُ الصَّحيحةُ حينئذٍ أن يُقالَ: «شهِدا على الشِّراء»، فعُلِمَ أنَّ صورةَ مسألةِ «الهداية» في دعوى المشتري، وهذا دقيقٌ تفرَّدَ به خاطري.

(وفي طَلاقٍ إلَّا نِصفَ مَهرِها قبلَ الوَطءِ) أي: إذا شهِدا بالطَّلاق قبلَ الوطء، ثمَّ رجَعا: ضمِنا نصفَ المهر[١]، أمَّا بعد الدُّخول: فلا؛ لأنَّ المهرَ تأكَّدَ بالدُّخول، فلا إتلاف.

(وضَمِنَ في العِتقِ القيمَةَ[٢]، وفي القِصاصِ الدِّيَةَ فحَسبُ) أي: إذا شهِدا أنَّ زيدًا قتلَ عَمرًا، فاقتصَّ زيدٌ، ثمَّ رجَعا: تجبُ الدِّيةُ عندنا.

المذكورِ في «الهداية»: الشِّراءُ[(٢)(٣)] بناءً على أنَّه منَ الأضداد كما مرَّ في أوَّل البيع.

[١] قولُه: (ضَمِنا نصفَ المهر)؛ لأنَّهما أكَّدا ما كان على شرَف السُّقوطِ بالارتداد ومطاوعةِ ابنِ الزَّوج؛ لأنَّه حينئذٍ سقطَ عنه جميعُ المهر، وعلى المؤكِّد ما على الموجِب؛ لشبهه به.

[٢] قولُه: (وضَمِنَ في العِتقِ القيمَةَ)؛ لأنَّ الشَّاهدَينِ أتلفا ماليَّةَ العبدِ عليه من غير بدلٍ، وذلك موجِبُ الضَّمانَ، سواءٌ كانا موسرَينِ أو معسرَين؛ لأنَّ ضمانَ الإتلافِ

---

(١) في النُّسخ «على البيع» أو «على البائع»، والمثبت من (ش٥).

(٢) كما في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ولا يخطب على خِطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه»*؛ أي: لا يشتريه، كذا في شروح «الهداية» (مِنهُ).

* أخرجه البخاريُّ (٢١٤٠)، ومسلمٌ (١٤٠٨) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٣) وفي قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]؛ أي: باعوه (مِنهُ).

وعند الشَّافعيِّ(١): يقتصُّ [١] منهما(٢).

(وضَمِنَ الفَرعُ بالرُّجوعِ(٣) لا أصلُهُ(٤) بقَولِهِ: «ما أشهَدتُهُ على شَهادَتي» أو: «أشهَدتُهُ وغَلِطتُ») قولُه: «لا أصلُه» مسألةٌ مبتدأةٌ لا تعلُّقَ لها برجوع الفرع،

ذخيرة العقبى

لا يختلفُ بهما، والولاءُ للمولى؛ لأنَّ العتقَ لا يتحوَّلُ إلى الشَّاهدَينِ بالضَّمان، فكذا الولاءُ التَّابعُ له.

[١] **قولُه**: (تجبُ الدِّيةُ عندنا، وعند الشَّافعيِّ: يقتصُّ) **أقول**: قد سبقَ البحثُ في ترك كلٍّ منَ الحنفيَّةِ والشَّافعيَّة أصلَه المعهودَ في هذه المسألةِ معَ الجوابِ عن طرف كلٍّ منهما، فليُنظَرْ في مسألة: «وضمِنا ما أتلفاه بها» من شروح «الهداية» و«التَّبيين»(٥)(٦).

---

(١) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٨:٣٢٨).

(٢) «منهما»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).

(٣) أي: إذا شهد الفروع وقضى بها القاضي، ثمَّ رجعا في مجلسه: ضمنا المشهود عليه؛ لأنَّ الحكم أضيف إلى أداء شهادتهم، فيكون التَّلف مضافًا إليهم. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٧٠).

(٤) أي: لا يضمن أصل الفرع.

(٥) حيث قال: ((فإن قيل: ما بال كلٍّ منكم ومن الشَّافعيِّ ترك أصله المعهود في الشَّهادة بالقتل ثمَّ الرُّجوع؟ فإنَّه إذا شهد شاهدان على أنَّه قتله عمدًا، فاقتصَّ منه، ثمَّ رجعا: فالدِّية عليهما في مالهما عندكم، وما جعلتم كالمباشِر حتَّى يجب القِصاص.
وعند الشَّافعيِّ: يجب عليهما القصاص، جعل المسبِّب كالمباشِر.
قلنا: فعل المباشر الاختياريِّ قطع النِّسبة، أو صار شبهةً كما سيجيء، والشَّافعيُّ جعله مباشرًا بما ورد عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في شاهدَي السَّرقة إذا رجعا: لو علمت أنَّكما تعمَّدتما: لقطعت أيديكما.
والجواب: أنَّه كان على سبيل التَّهديد؛ لما ثبت من مذهبه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّ اليدَين لا تُقطعان بيدٍ واحدةٍ، وجاز أن يهدِّد الإمام بما لا يتحقَّق؛ كما قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ولو تقدَّمت في المتعة: لرجمت، والمتعة لا توجب الرَّجم بالاتِّفاق))، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٨٢) (مِنهُ). ويُنظَر: «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٤٤).

(٦) ينظر: (٤/ ٤٣٢).

فإذا قال الأصل: «ما أشهدتُ الفرعَ على شهادتي»: لا يُلتفَتُ[١] إلى قوله، ولا يضمَن، وإن قال: «أشهدتُه وغلِطتُ»: فلا ضمانَ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف.

ويضمنُ عند محمَّدٍ.

(ولو رَجَعَ الأصلُ والفَرعُ: غَرِمَ الفَرعُ فقط) هذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف؛ لأنَّ القضاءَ وقع بشهادة الفرع، فهي علَّةٌ قريبةٌ، فيُضافُ الحكمُ إليه.

وعند محمَّدٍ: إن شاء: ضمَّنَ الأصل[٢]، وإن شاء: ضمَّنَ الفرع.

(وقَولُ الفَرعِ: «كَذَبَ أصلي» أو: «غَلِطَ فيها»: ليس بشَيءٍ)؛ لأنَّ كذِبَ الأصلِ لا يثبتُ بقول الفرع، والفرعُ لم يرجِعْ عن شهادته، فلا يُلتفَتُ إلى قوله.

(وضَمِنَ المُزَكِّي بالرُّجوعِ(١)) هذا عند أبي حنيفةَ خلافًا لهما؛ لأنَّ التَّزكيةَ جعلَتِ الشَّهادةَ شهادةً.

(لا شاهِدُ الإحصانِ) أي: إذا شهِدوا على الزِّنا، وشهِدَ الشُّهودُ على إحصان الزَّاني، فرُجِم، ثمَّ رجعَ شهودُ الإحصان: لم يضمَنوا؛ لأنَّ الإحصانَ شرطٌ محضٌ لا يُضافُ الحكمُ إليه، بخلاف التَّزكية[٣]، وهما قاسا المزكِّيَ على شاهد الإحصان.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا يُلتفَتُ... إلخ) هذا بعد القضاء بشهادة الفرع، وأمَّا قبلَه: فقولُه ملتفَتٌ إليه؛ لأنَّه أنكرَ التَّحميل، ولا بدَّ منه.

[٢] قولُه: (إن شاء: ضمَّنَ الأصل) وأيُّ فريقٍ أدَّى: لا يرجعُ على صاحبه.

[٣] قولُه: (بخلاف التَّزكية)؛ لأنَّ الشَّهادةَ لا تعملُ إلَّا بها، فصار التَّلفُ مضافًا إليها كالشَّهادة، ولهذا لا يجوزُ أن يكونَ النِّساءُ مزكِّياتٍ معَ الرِّجالِ في الحدود،

(١) أي: بالرُّجوع عن التَّزكية. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٢٧١).

(كما ضَمِنَ شاهِدُ اليَمينِ لا الشَّرطِ إذا رَجَعوا[١]) أي: إذا شهِدَ شاهدانِ أنَّه علَّقَ عِتقَ عبدِه بشرطٍ، وشهِدَ آخرانِ على وجود الشَّرط، فحُكِمَ بالعتق، ثمَّ رجعَ الكلُّ: ضمِنَ شاهدا اليمين؛ لأنَّهما صاحبا العلَّة، واللهُ أعلَمُ بالصَّوابِ.

ذخيرة العقبى

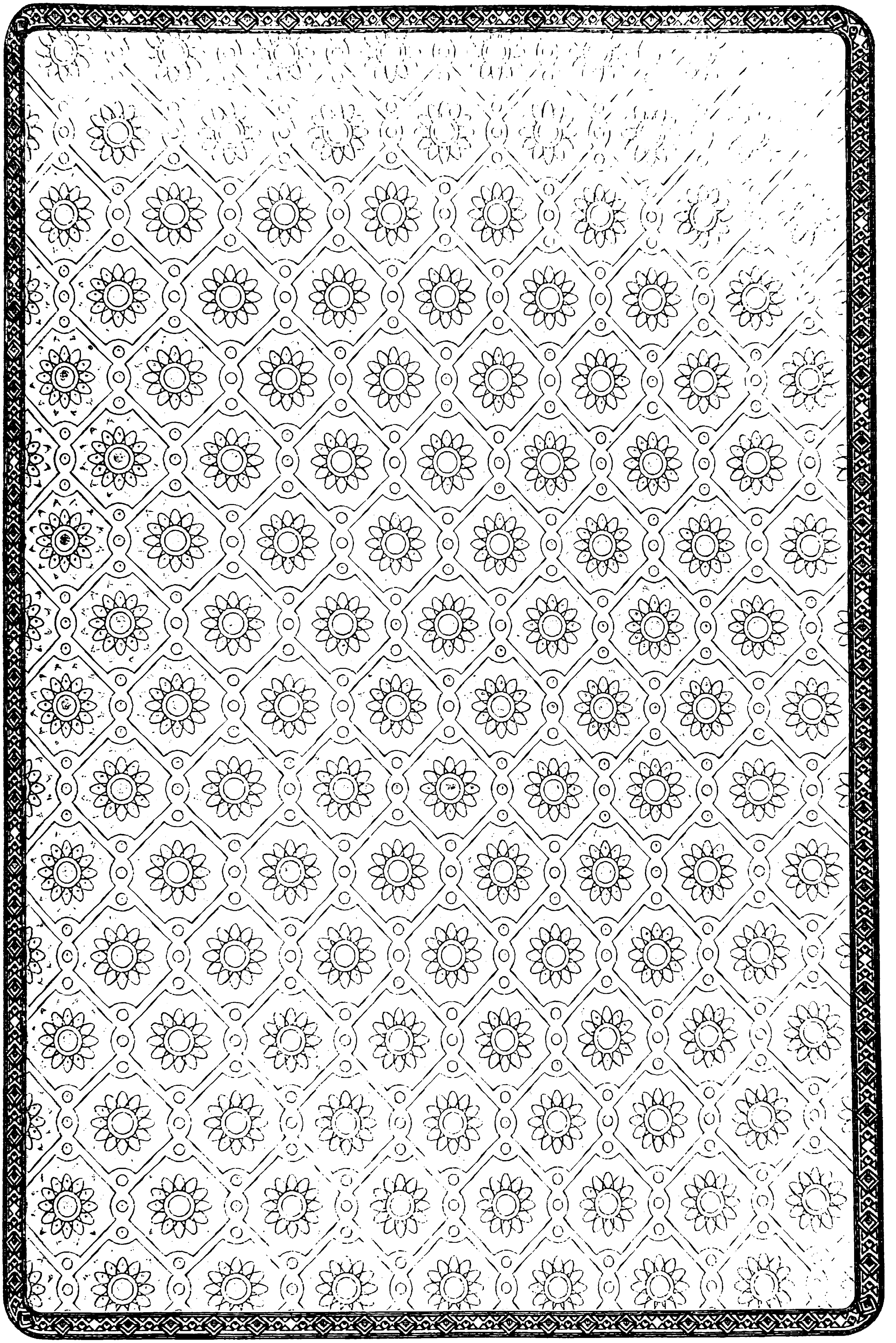
كما لا تصلُحنَ للشَّهادة فيها، ولولا إضافةُ الحكمِ إليها: لصلَحنَ للتَّزكية فيها[٢].

---

(١) الضَّمير يعود إلى شاهد الإحصان، وشاهد اليمين، وشاهد الشَّرط. «زبدة النِّهاية»: (٥/ ٦٣٥).

(٢) قوله: «للتَّزكية فيها»، وهذا لأنَّ التَّأثير هو المعتبَر، والعلَّة مؤثِّرةٌ في إثبات الحكم، وكذلك علَّة العلَّة مؤثِّرةٌ أيضًا في إعمال العلَّة؛ إذ الشَّهادة لا توجب العمل إلَّا بها، بخلاف شهود الإحصان، فإنَّهم لم يجعلوا غير الموجِب موجِبًا؛ لأنَّ الموجِب هو الزِّنا، وهم لم يُثبتوه، ولهذا ثبت الإحصان بشهادة النِّساء، وأيضًا إنَّ ذلك ليس بمؤثِّرٍ في إثبات الزِّنا، فإنَّهم أثنَوا عليه بقولهم: إنَّه حرٌّ مسلمٌ تزوَّج امرأةً نكاحًا صحيحًا، وقد أوفى حقَّها شرعًا بالدُّخول عليها، وهذه الخصال تمنع الزِّنا، فلا تكون موجبةً له؛ لأنَّ الزِّنا مذمومٌ، وهذه الخصال محمودةٌ، فهما متضادَّان، فكيف يكون أحدهما سببًا للآخر؟ فلمَّا لم يوجب الزِّنا: لا يوجب الرَّجم أيضًا؛ بل هو موجِب الزِّنا عند وجود الإحصان، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٢٥٣) (مِنهُ).

كتاب الوكالة



كتاب الوكالة

(جازَ التَّوكيلُ: وهو تَفويضُ التَّصَرُّفِ إلى غيرِهِ).

* (وشَرطُهُ:

١ - أن يَملِكَهُ(١) المُوَكِّلُ) الضَّميرُ المنصوبُ يرجعُ إلى التَّصرُّف، والظَّاهرُ أنَّ المرادَ[١] مطلَقُ التَّصرُّف، فإنَّ عبارةَ «الهداية» هكذا: ومن شرط الوكالةِ أن يكونَ الموكِّلُ ممَّن يملكُ التَّصرُّف؛ بأن يكونَ[٢] حرًّا بالغًا، أو مأذونًا.

ذخيرة العقبى

كتاب الوكالة (٢)

[١] قولُه: (والظَّاهرُ أنَّ المرادَ) يعني: أنَّ اللَّامَ في «التَّصرُّف» للجنس، فيكونُ معناه: يملكُ جنسَ التَّصرُّف؛ احترازًا عنِ الصَّبيِّ والمجنون، فيكونُ على مذهب الكلِّ، لا للعهد حتَّى يكونَ المعنى: يملكُ التَّصرُّفَ الذي وُكِّلَ به، فلا يستقيمُ إلَّا على مذهبهما كما لا يخفى.

[٢] قولُه: (بأن يكونَ) أقول: هذا تفسيرٌ منَ الشَّارح لكون الشَّخصِ ممَّن يملكُ التَّصرُّف.

---

(١) في (م١) و(م٢): «يملك».

(٢) وهي - بكسر الواو وفتحها -: الحفظ، ومنه: الوكيل في أسماء الله تعالى، ولهذا قلنا فيمَن قال: «وكَّلتك بمالي»: يملك الحفظ فقط، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٢٥٤).
وقيل: اسم التَّوكيل من: وكَّله بكذا؛ إذا فوَّض إليه ذلك، والوكيل: هو القائم بما فُوِّضَ إليه؛ كأنَّه فعيلٌ بمعنى مفعولٍ؛ لأنَّه موكولٌ إليه الأمر؛ أي: مفوَّضٌ إليه ومعتمَدٌ عليه، وفي اصطلاح الفقهاء: عبارةٌ عن إقامة الإنسان غيرَه مقامَ نفسه في تصرُّفٍ معلومٍ، كذا في «العناية»: (٧/ ٤٩٩) (مِنهُ).

وإن أُريدَ بالتَّصرُّفِ التَّصرُّفُ الذي وكَّلَ به، لا مُطلقُ التَّصرُّف: يكونُ قولَهما لا قولَ أبي حنيفة، فإنَّ المسلمَ إذا وكَّلَ الذِّمِّيَّ ببيع الخمر: يجوزُ عنده.

٢- (ويَعقِلُهُ الوَكيلُ ويَقصِدُهُ) أي: يعقِلُ أنَّ البيعَ سالبٌ للملك، والشِّراءَ جالبٌ له، ويعرِفُ الغَبنَ اليسيرَ[١] مِنَ الفاحش، ويقصِدُ العقد، حتَّى لو تصرَّفَ هازلًا: لا يقعُ عنِ الآمر.

(فيَصِحُّ(١) تَوكيلُ الحُرِّ البالِغِ أوِ المَأذونِ مِثلَهُما) ولو قال: «كلًّا منهما»: كان أشمل؛ لتناوُله توكيلَ الحرِّ البالغِ مثلَه أوِ المأذونَ، وتوكيلَ المأذونِ مثله أوِ الحرَّ البالغ.

والمرادُ بالمأذون: الصَّبيُّ العاقلُ الذي أذِنَه الوليُّ(٢)، والعبدُ الذي أذِنَه المولى.

---

[١] قولُه: (ويعرِفُ الغَبنَ اليسيرَ... إلخ) قال الأكمل(٣): ((وهو مشكِلٌ؛ لأنَّهُم اتَّفقوا أنَّ توكُّلَ الصَّبيِّ العاقلِ صحيحٌ، ومعرفةَ أنَّ ما زادَ عليه «ده نيم» في المتاع، و«ده يا نزده» في الحيوان، و«ده دوانزده» في العقار، أو ما يدخلُ تحت تقويم المقوِّمينَ ممَّا لا يطَّلعُ عليه أحدٌ إلَّا بعد الاشتغال بعلم الفقه))، فليُتأمَّلْ(٤).

---

(١) في (م١) و(م٢): «فصحَّ».

(٢) في (ش٤): «وليه».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٥١٢)، وفيها: «الإل نيم» بدل «ده نيم»، «الإل يزده» بدل «ده يا نزده»، و«الإل دوازده» بدل «ده دوانزده».

(٤) وجه التَّأمُّل: أنَّه يجوز أن يكون المراد: معناهما اللُّغويَّ؛ أعني: الكثير والقليل، ويجوز أن تكون هذه المعاني متعارَفةً بين التُّجَّار بحيث لا يشتبه على أحدٍ من العقلاء، ولا إشكالَ في اطِّلاع الصِّبيان العقلاء عليها وإن لم يقدروا أنْ يعبِّروا عنها بعبارة الفقهاء، وفيه ما فيه (مِنهُ).

(وصَبيًّا[(١)] يَعقِلُه، وعَبدًا مَحجورَينِ، وتَرجِعُ[(٢)] حُقوقُهُ إلى موَكِّلِهما دونَهُما) أي: إذا وكَّلَ الحرُّ البالغ، أوِ المأذونُ صبيًّا محجورًا، أو عبدًا محجورًا: ترجعُ حقوقُ العقدِ إلى موكِّلهما، ولا ترجعُ إليهما (بكُلِّ ما يَعقِدُهُ بنَفسِهِ) يتعلَّقُ بقوله: «فيصِحُّ توكيلُ الحرِّ...إلى آخِره».

(وبالخُصومَةِ في كُلِّ حَقٍّ[(٣)]، ولا يَلزَمُ بلا رِضا خَصمِهِ) قال بعضُ المشايخ:[(٤)] إنَّ[(٥)] التَّوكيلَ بالخصومة بلا رضا الخصمِ باطلٌ عند أبي حنيفة، صحيحٌ عندهما.

وقال البعض: الاختلافُ في اللُّزوم لا في الصِّحَّة[١]، وفي «الهداية»[(٦)] اختارَ هذا.

(إلَّا لموَكِّلٍ مَريضٍ لا يُمكِنُهُ حُضورُ مَجلِسِ[٢] الحاكِمِ[(٧)]، أو غائبٍ

[١] قولُه: (لا في الصِّحَّة) يعني: أنَّه إذا وكَّلَ من غير رضاه: هل يرتدُّ بردِّه أو لا؟ وعنده: يرتدُّ، خلافًا لهما.

[٢] قولُه: (لا يُمكِنُه) يعني: بنفسه، حتَّى لو أمكنَه الحضورُ بركوب الدَّابَّة، أوِ الحملِ على أيدي النَّاس: يلزمُ منه التَّوكيلُ أيضًا بلا رضا خصمِه، وإن كان ممَّا لا يزيدُه الرُّكوبُ مرضًا في الأصحِّ، كذا في «العناية»[(٨)].

---

(١) أي: وصحَّ توكيل المأذون صبيًّا. وفي (م١) و(م٢): «أو صبيًّا».
(٢) في (م١) و(م٢): «ويرجع».
(٣) وهو قول ابن أبي ليلى. ينظر: «فتح القدير»: (٧/ ٣٣٨)، و«البحر الرائق»: (٧/ ٤٣).
(٤) كالحدود والقصاص وغيرها. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٨).
(٥) «إن»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤).
(٦) «الهداية»: (٣/ ١٣٧).
(٧) في (ش٢) و(ش٤) و(م١) و(م٢): «الحكم».
(٨) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٩).

مَسيرَةَ سَفَرٍ، أو مُريدٍ للسَّفَرِ) وهو أن يكونَ مشتغِلًا[١] بإعداد عُـدَّةِ السَّفرِ[٢] (أو مُخَدَّرَةٍ[٣] لا تَعتادُ الخُروجَ).

(وبإيفائِه، واستيفائِهِ إلَّا في استيفاءِ حَدٍّ[٤] وقَوَدٍ بغَيبَةِ موَكِّلِهِ) أي: صحَّ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وهو أن يكونَ مشتغِلًا... إلخ) إشارةٌ إلى أنَّه لا يُصدَّقُ منه دعوى ذلك إلَّا بالنَّظر إلى زِيِّه وعُدَّةِ سفرِه، أو بالسُّؤال عن رفقائه، أو [بكونِ](١) ذلك معلومًا للقاضي بأيِّ طريقٍ كان، كما في فسخ الإجارة، كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»(٢).

[٢] قولُه: (وإعدادُ عُدَّةِ السَّفر) إحضارُ أسبابِه وآلاتِه، وفي «مختصرِ الجوهريِّ»(٣): ((العُدَّةُ - بالضَّمِّ -: ما أعددتَه لحوادث الدَّهرِ منَ المال والسِّلاح)).

[٣] قولُه: (مُخَدَّرَةٍ) منَ الخِدر، وهو السِّتر، وجاريةٌ مخدَّرةٌ؛ إذا لزمَتِ الخِدر، كذا في «الصِّحاح»(٤)، فالمرادُ منه هنا: مستورةٌ لم تجرِ عادتُها بالبروز وحضورِ مجلسِ الحكم.

وإنَّما يلزمُها التَّوكيل؛ لأنَّها لو حضرَتْ: لم يُمكنْها أن تنطقَ بحقِّها لحيائها، وقدِ استحسنَه المتأخِّرون، كذا في «الهداية»(٥).

[٤] قولُه: (إلَّا في استيفاءِ حَدٍّ) أقول: تخصيصُ الاستثناءِ بالاستيفاء يُشعرُ بجواز التَّوكيلِ بالإيفاء، فقد صرَّحَ في «العناية» و«الكوسجيَّة» بعدم جوازِ التَّوكيلِ به اتِّفاقًا،

(١) في جميع النُّسخ: «يكون» ولعلَّ الصَّواب المثبت.
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٩).
(٣) «مختار الصِّحاح»: (عدد).
(٤) «الصِّحاح»: (خدر).
(٥) «الهداية»: (٣/ ١٣٧)، عن الرَّازيِّ.

التَّوكيلُ بإعطاء[١] كلِّ حقٍّ، وكذا بقبض كلِّ حقٍّ، إلا أنَّه لا يصحُّ(١) في استيفاءِ حدٍّ وقوَدٍ بغَيبة الموكِّلِ لشبهة العفوِ[٢] في القصاص، وشبهةِ أن يُصدِّقَ القاذفَ في حدِّ القذف، وشبهةِ أن يدَّعيَ المالَ ولا يدَّعيَ السَّرقة.

(وحُقوقُ عَقدٍ: يُضيفُهُ الوَكيلُ[٣] إلى نَفسِهِ) أي: لا يحتاجُ فيه إلى ذكر الموكِّل، فإنَّ في البيع والشِّراءِ عنِ الموكِّل يكفي أن يقولَ الوكيل: «بعتُ»، أوِ: «اشترَيتُ»

ذخيرة العقبى

وقدِ استثنى في «الهداية»(٢) [كليهما](٣) معًا، والتَّحقيقُ أنَّ تخصيصَ الاستيفاءِ ناظرٌ إلى قيد الغَيبة، فليُتأمَّلْ.

[١] وقولُه: (بإعطاءِ) تفسيرٌ للإيفاء، كما أن يقبِضَ للاستيفاء كما لا يخفى، وأمَّا إثباتُهما بإقامة الشُّهود: فجائزٌ عندهما خلافًا للثَّاني، وقيل: هذا الخلافُ في حال غَيبةِ الموكِّل، وأمَّا عند حضرتِه: فهو جائزٌ إجماعًا، وعلى هذا الخلافِ التَّوكيلُ بالجواب في جانب مَن عليه الحدُّ والقَوَد، غيرَ أنَّ إقرارَ الوكيلِ لا يُقبَلُ عليه، والتَّوكيلُ بإثبات حدِّ الزِّنا وشربِ الخمرِ لا يصحُّ اتِّفاقًا؛ لأنَّه لا حقَّ فيه لأحدٍ، كذا في «الهداية» و«شروحِها»(٤).

[٢] قولُه: (لشبهةِ العفوِ... إلخ) صريحٌ في أنَّه يُستوفى حالَ حضورِ الموكِّلِ اتِّفاقًا.

[٣] قولُه: (يُضيفُهُ الوَكيلُ... إلخ) إشارةٌ إلى أحد الوجهَينِ اللَّذَينِ ذكرَهما شرَّاحُ

---

(١) قوله: «أنه لا يصح»: سقط من (ش٢).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٥) حيث قال: ((واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها))، و«الكوسجيَّة»: (ق: ٢٣٤)، و«الهداية»: (٣/ ١٣٦).

(٣) في جميع النُّسخ: «كلاهما»، والمثبت الصَّواب.

(٤) «الهداية»: (٣/ ١٣٦)، و«العناية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٥).

(كبَيعٍ[١]، وإجارَةٍ، وصُلحٍ عن إقرارٍ مُتَعلِّقٍ بهِ(١)، فيُسَلِّمُ[٢] المَبيعَ) أي: في الوكالة

ذخيرة العقبى

«الهداية»(٢) في بيان كونِ هذه الحقوقِ راجعةً إلى الوكيل.

[١] **قولُه**: (كبَيعٍ... إلخ) هذه أمثلةُ العقودِ التي تتعلَّقُ حقوقُها إلى الوكيل.

[٢] **وقولُه**: (فيُسَلِّمُ... إلخ) إشارةٌ إلى أمثلة نفسِ الحقوقِ المتعلِّقةِ به؛ كتسليمِ المبيعِ وقبضِه، وقبضِ ثمنِه، ونحوِها.

---

(١) أي: بالوكيل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٧٧). وفي (م١) و(م٢): «يتعلق».

(٢) قوله: «ذكرهما شرَّاح الهداية... إلخ» حيث قالوا بعد نقل قول الشَّافعيِّ: إنَّ هذه الحقوق تتعلَّق بالموكِّل بها، تابعةٌ لحكم التَّصرُّف، وحكم التَّصرُّف الذي هو الملك يتعلَّق بالموكِّل، فكذا توابعه، واعتبره بالرَّسول وبالوكيل في النِّكاح.
ولنا: أنَّ الوكيل هو العاقد في هذا الضَّرب حقيقةً وحكمًا.
أمَّا حقيقةً: فلأنَّ العقد يقوم بالكلام، وصحَّة عبارته لكونه آدميًا له أهليَّة الإيجاب والاستيجاب، فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواءً.
وأمَّا حكمًا: فلأنَّه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكِّل، بخلاف الرَّسول والوكيل بالنِّكاح، فإنَّهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه، وإذا كان كذلك: كان الوكيل أصيلًا في الحقوق، فتتعلَّق به.
وتقرير جواب الشَّافعيِّ: ما أشار إليه المصنِّف بقوله: «يثبت الملك... إلخ» يعني: أنَّ الملك يقع للموكِّل، ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه، ومعناها: أن يثبت الملك للموكِّل ابتداءً، والسَّبب انعقد موجِبًا حكمَه للوكيل، فكان قائمًا مقامه في ثبوت الملك بالتَّوكيل السَّابق.
وتحقيق المسألة: أنَّ لتصرُّف الوكيل جهتَين: جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته عن الموكِّل، وإعمالُهما ولو بوجهٍ: أولى من إهمال إحداهما، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس؛ لحصولهما بعبارته وأهليَّته: بطل التَّوكيل، ولو أثبتناهما للموكِّل: بطل عبارته، فأثبتنا الملك للموكِّل؛ لأنَّه الغرض من التَّوكيل، فتتعيَّن الحقوق للوكيل، ويجوز أن يثبت الحكم لغير مَن انعقد له السَّبب؛ كالعبد يقبل الهبة والصَّدقة ويصطاد، فإنَّ مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السَّبب، كذا في «العناية»: (٨/ ١٥) (مِنهُ).

بالبيع (ويَقبِضُهُ) أي: في الوكالة بالشِّراء (وثَمَنَ مَبيعِهِ، ويُطالَبُ[١] بثَمَنِ مَشريِّهِ(١)، ويُخاصِمُ[٢] في عَيبِهِ، وشُفعَةِ ما باعَ وهو في يَدِهِ(٢)[٣]، فإن سَلَّمَهُ إلى آمِرِهِ: فلا رَدَّ[٤] بالعَيبِ إلَّا بإذنِهِ، ويَرجِعُ بثَمَنِ مَشريِّهِ مُستَحَقًّا) هذا كلُّه عندنا.

وعند الشَّافعيِّ: ترجعُ الحقوقُ إلى الموكِّل(٣).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ويُطالَبُ) - بفتح اللَّام - أي: الوكيلُ يُطالبُه البائع.

[٢] قولُه: (ويُخاصِمُ) - بكسر الصَّاد - أي: الوكيلُ بالشِّراء معَ بائعِه، ويُرَدُّ عليه بالعيب من غير أمرِ الموكِّل؛ لأنَّ الرَّدَّ من حقوق العقد، وهي كلُّها متعلِّقةٌ به دونَه، ويُخاصَمُ - بفتحها(٤) - أي: الوكيلُ بالبيع يُخاصمُه المشتري(٥).

[٣] وقولُه: (وهو في يَدِهِ) أي: والحالُ أنَّ المبيعَ في يد الوكيل، قيدٌ للخصومة فيهما كلتيهما(٦).

[٤] قولُه: (فلا رَدَّ) يعني: إذا سلَّمَ الوكيلُ المبيعَ إلى الموكِّل فيما إذا اشترى شيئًا بالوكالة، فلا يملكُ على الرَّدِّ بالعيب إلَّا بإذن الموكِّل؛ لأنَّ حكمَ الوكالةِ قدِ انتهى بالتَّسليم إليه، وكذا في الشُّفعةِ إذا سلَّمَ الدَّارَ المبيعةَ إلى المشتري: لم يُخاصِمْ فيها، وكذا يُخاصِمُ في شفعة ما اشترى بالوكالة ما دامَ في يده، فإذا سلَّمَه إلى الموكِّل:

---

(١) في (م٢) زيادة: «ويخاصم».

(٢) «وهو» أي: المشترى، «في يده»: أي: في يد الوكيل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٧٧).

(٣) ينظر: «المجموع»: (١٤/ ١٤٦).

(٤) وقد صحَّحه صاحب «الكفاية»: (٧/ ١٦) بالفتح في الأوَّل، وبالكسر في الثَّاني، على عكس ما نقلناه؛ لأنَّ قيد «في العيب» في «الهداية»: (٣/ ١٣٨) متعلِّقٌ بالأوَّل كما لا يخفى (مِنهُ).

(٥) أي: في كلِّ واحدٍ من العيب والشُّفعة (مِنهُ).

(٦) كذا في «الكوسجيَّة»: (ق:٢٣٤) (مِنهُ).

لكن يجبُ أن يُعلَمَ أنَّ الحقوقَ نوعان[١]:

١- حقٌّ يكونُ للوكيل.

٢- وحقٌّ يكونُ على الوكيل(١).

فالأوَّل: كقبضِ المَبيع، والمطالَبةِ بثمن المشترى، والمخاصَمةِ في العيب، والرُّجوعِ بثمن المستحَقِّ، ففي هذا النَّوع: للوكيل ولايةُ هذه الأمور، لكن لا تجبُ عليه، فإنِ امتنعَ: لا يُجبرُه الموكِّلُ على هذه الأفعال؛ لأنَّه متبرِّعٌ في العمل[٢]،

ذخيرة العقبى

خرجَ منَ البَين(٢)، ولو رضيَ الوكيلُ بالعيب: جازَ وسقطَ حقُّ الرَّدِّ، والموكِّلُ بالخيار، إن شاءَ: رضيَ بالعيبِ وأخذَه، وإن شاءَ: ردَّه على الوكيل(٣).

[١] **قولُه:** (إنَّ الحقوقَ نوعان... إلخ) يعني: بعدما كان كلُّها مشتركةً في التَّعلق بالوكيل.

[٢] **قولُه:** (لأنَّه متبرِّعٌ في العمل) **لا يُقال:** الوكيلُ متبرِّعٌ في التَّوكيل مطلقًا، فما الفرقُ بينَ هذَينِ النَّوعَينِ حتَّى يُجبَرَ(٤) في الثَّاني دونَ الأوَّل؟

لأنَّا نقول: أشارَ الشَّارحُ إلى جوابه بقوله: «وفي النَّوع الأخيرِ الوكيلُ مدَّعًى عليه»، يعني: نعم، إنَّ التزامَ الوكالةِ تبرُّعٌ منه، لكن بالنِّسبة إلى الموكِّل(٥)، بمعنى أنَّه لو لم يلتزمْها: لا يملكُ أحدٌ أن يُجبرَه عليها، وأمَّا بعد الالتزام: فأعمالُه إمَّا أن

(١) في (ش١) و(ش٤): «الموكل».

(٢) أي: الوسط (مِنهُ).

(٣) كذا في «الكوسجيَّة»: (ق: ٢٣٤) (مِنهُ).

(٤) في (ح١) و(ح٢): «يجب».

(٥) أي: بالنِّسبة إلى الشَّخص الذي جرى العقد بينه وبين الموكِّل (مِنهُ).

بل يوكِّلُ الموكِّلُ لهذه الأفعال، وسيأتي في كتاب المضارَبةِ بعضُ هذه(١)، وهو قولُه: «وكذا سائرُ الوكلاء»[١].

وإن ماتَ الوكيلُ: فولايةُ هذه الأفعالِ لورثته، فإنِ امتنَعوا: وكَّلوا موكِّلَ مورِّثهم.

وعند الشَّافعيِّ: للموكِّل ولايةُ هذه الأفعالِ بلا توكيلٍ مِنَ الوكيل أو وارثِه(٢).

وفي النَّوع الآخر: الوكيلُ مدَّعًى عليه، فللمدَّعي أن يُجبِرَ الوكيلَ على تسليم المبيع، وتسليمِ الثَّمن وأخَواتِهما.

(ويَثبُتُ المِلكُ للموكِّلِ ابتِداءً، ولا(٣) يَعتِقُ قَريبُ وَكيلٍ شَراهُ) أي: إذا اشترى الوكيل: فالأصحُّ أن يثبتَ الملكُ للموكِّل ابتداءً، وعند بعض المشايخ: يثبتُ الملكُ أوَّلًا للوكيل، ثمَّ ينتقلُ منه إلى موكِّله بسبب عقدٍ يجري بينهما وإن لم

توجِبَ كونَه مدَّعًى عليه، أو لا، فالأوَّلُ يستلزمُ الجبرَ عليه؛ كتسليمِ المبيعِ والثَّمنِ مثلًا، فإنَّهما يجبانِ عليه بالعقد الذي التزمَ ولايتَه ابتداءً باختياره تبرُّعًا؛ لأنَّ المدَّعى عليه هو الذي يُجبَرُ عليه وإن لم يُرِدِ الخصومة، والثَّاني لا يستلزمُ الجبرَ عليه؛ كقبضِ المبيع، ومطالبةِ ثمنِ المشترى؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ مدَّعيًا، فلا جبرَ عليه أبدًا، أمَّا منَ الموكِّل: فلأنَّه متبرِّعٌ في حقِّه دائمًا، فلا يملكُ الجبرَ عليه، وأمَّا من غيره: فلأنَّ المدَّعيَ: مَن إذا تركَ: تُرِك.

[١] قولُه: (وكذا سائرُ الوُكَلاء) وسيُفسِّرُه الشَّارحُ هناك بقوله: «أي: إنِ(٤) امتنعَ سائرُ الوُكَلاءِ عنِ الاقتضاء: يوكِّلونَ المُلَّاك».

---

(١) ينظر: (٤/ ٦٥٠).
(٢) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٣/ ١٩١).
(٣) في (م١) و(م٢): «فلا».
(٤) سقط من (ح٢) و(ح٣).

يكن ملفوظًا، بل مقتضًى للتَّوكيل السَّابق، **فعلى التَّخريج الأوَّل**: إذا وكَّل أحدًا أن يشتريَ قريبَه من مالكه، فاشتراه: لا يعتِقُ على الوكيل؛ لأنَّه لم يملِكه، **وعلى التَّخريجِ الثَّاني**: لا يعتِقُ أيضًا؛ لأنَّه يثبتُ للوكيل ملكٌ غيرُ متقرِّرٍ[١]، ولا يعتِق.

(وحُقوقُ عَقدٍ: يُضيفُهُ إلى موَكِّله[٢]: كنِكاحٍ، وخُلعٍ، وصُلحٍ عن إنكارٍ، أو دَمِ عَمدٍ، وعِتقٍ على مالٍ، وكِتابَةٍ، وهِبَةٍ، وتَصَدُّقٍ(١)، وإعارَةٍ، وإيداعٍ، ورَهنٍ(٢)،

---

[١] **قولُه**: (ملكٌ غيرُ متقرَّرٍ) يعني: أنَّ نفوذَ العتقِ يقتضي مِلكًا مستقرًّا، قال في «الزِّيادات»(٣) فيمَن تزوَّجَ أمَةً ثمَّ حرَّةً على رقبتها فأجازَ المولى: صارَتِ الأمَةُ مهرًا للحرَّة: ((لم يفسُدِ النِّكاحُ وإن ملكَها الزَّوج))؛ لعدم استقرارِ المِلك، ومِلكُ الوكيلِ غيرُ مستقرٍّ، ينتقلُ في ثاني الحالِ إلى الموكِّل، فلا يعتِقُ عليه، وفيه نظرٌ؛ لأنَّه يُخالفُ إطلاقَ قولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن ملكَ ذا رحمٍ محرَمٍ منه: عتقَ عليه» الحديثَ(٤)، قيل(٥): الوكيلُ نائبٌ في حقِّ الحكم، أصيلٌ في حقِّ الحقوق، فإنَّها تثبتُ له، ثمَّ تنتقلُ إلى الموكِّل من قبَلِه، قال صدرُ(٦) الشَّهيد: هذا أحسن، كذا في «العناية»(٧).

[٢] **قولُه**: (يُضيفُه إلى موَكِّلِه) أي: لا يستغني عنِ الإضافة إليه، ولو أضافَه إلى نفسه: كان النِّكاحُ له، كذا في «الكفاية»(٨).

---

(١) في (م١) و(م٢): «وصدقةٍ».
(٢) في (ش٤) زيادة: «وإقرار».
(٣) ينظر: «شرح الزِّيادات» لقاضي خان: (٢/ ٤٠٧).
(٤) أخرجه أبو داود (٣٩٤٩)، والتِّرمذيُّ (١٤١٦)، وابن ماجه (٢٥٢٤) من حديث سمرة بن جندُبٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.
(٥) قائله: القاضي أبو زيدٍ (مِنهُ).
(٦) في (ح٣) و(ح٥): «الصَّدر».
(٧) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٧)، وفيها: «ولم يفسد» بدل «لم يفسد»، و«الفتاوى الصُّغرى»: (٢/ ٤٢).
(٨) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ١٧).

وإقراضٍ[(١)] يَتَعَلَّقُ[(٢)] بالموَكِّلِ لا بهِ[(٣)][١]، فلا يُطالَبُ وَكيلُ زَوجٍ بالمَهرِ، ولا وَكيلُ عِرسٍ بتَسليمِها[(٤)]، وببَدَلِ الخُلعِ[(٥)]).

[١] **قولُه**: (يَتعَلَّقُ بالموَكِّلِ لا به) وإنَّما وجبَ في هذه العقودِ إضافةُ العقدِ إليه؛ لأنَّ الحكمَ فيها لا يقبلُ الفصلَ عنِ السَّببِ الذي هو العقد، فإنه إذا وُجِدَ: وُجِدَ الحكمُ معَه لا محالة، حتَّى لم يدخلْ فيها خيارُ الشَّرط؛ لأنَّ الخيارَ يدخلُ على الحكم، فيوجبُ تراخيَه عنِ السَّبب، وهذه العقودُ لا تحتملُ تراخيَ الحكم؛ لأنَّ فيها معنى الإسقاط، أمَّا في غير النِّكاح: فظاهرٌ، وأمَّا فيه: فلأنَّ الأصلَ في المرأة التي خُلِقَت محلًّا للنِّكاح المالكيَّةُ لنفسها، فبعقد النِّكاحِ سقطَ عنها نوعُ المالكيَّة، ولأنَّ الأصلَ في الأبضاع الحرمة، فكان النِّكاحُ إسقاطًا للحرمة نظرًا إلى الأصل، والسَّاقطُ مضمحِلٌّ، فلا يُمكنُ أن يُقال: سقط عنها هذه المالكيَّةُ لأجل الوكيل، ثمَّ ينتقلُ إلى الموكِّل، فجُعِلَ الوكيلُ ههنا سفيرًا؛ ليقترنَ الحكمُ بالسَّبب[(٦)]، بخلاف البيعِ وأَخَواتِه، فإنَّ الوكيلَ فيها يستغني عنِ الإضافة إليه بناءً على أنَّ الحكمَ فيه يقبلُ الفصلَ عنِ السَّبب؛ لأنَّه لا يلزمُ من وجود العقد - وهو السَّببُ - وجودُ الحكم - وهو المِلكُ - لا محالةُ؛ كما في البيع بشرط الخيار.

وجملةُ القولِ ههنا: أنَّ حقوقَ العقدِ فيما كان من قبيل مبادلةِ المالِ بالمال يرجعُ إلى العاقد، وهو في حقوق عقدِه كالمالك، وهو كالأجنبيِّ، فجاز فيه صدورُ العقدِ من شخصٍ بإضافته إليه، وثبوتِ حكمِه لغيرِه، هذا زبدةُ ما في المعتبَرات، سيَّما في «التَّبيين»، و«غايةِ البيان»[(٧)].

---

(١) في (ش٤) زيادة: «دين».
(٢) في (م٢): «تتعلق».
(٣) أي: بالوكيل.
(٤) أي: لا يلزم وكيل المرأة أن يسلِّمها.
(٥) أي: لا يلزمه أيضًا تسليم بدل الخلع.
(٦) في جميع النُّسخ عدا (ح٣): «السَّبب».
(٧) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٥٦)، و«غاية البيان»: (١١/ ٤٦٨).

(وللمُشتَري مَنعُ الثَّمَنِ مِن موكِّلِ بائعِهِ، فإذا دَفَعَ إليهِ[١]: صَحَّ، ولم يُطالِبهُ[٢] بائعُهُ[٣] ثانيًا)[٤].

اعلم أنَّ في بعض هذه الأمثلةِ نظرًا في أنَّها تُضافُ إلى الوكيل أو إلى[٥] الموكِّل.

أمَّا البيعُ والإجارة: فلا شكَّ أنَّهما مستغنيانِ عن ذِكر الموكِّل، فهما مِنَ القسم الأوَّل، والنِّكاحُ والخلعُ لا يستغنيانِ عنه، فهما مِنَ القسم الثَّاني.

وأمَّا الصُّلح: فلا فرقَ فيه بين أن يكونَ عن إقرارٍ أو إنكارٍ في الإضافة، فإنَّ زيدًا إذا ادَّعى دارًا على عمرٍو، فوكَّلَ عمرٌو وكيلًا على أن يُصالحَ على المئة، فيقولُ زيدٌ: «صالحتُ عن دعوى الدَّارِ على عمرٍو بالمئةِ»، ويقبلُ الوكيلُ هذا الصُّلح: يتمُّ الصُّلحُ[٦]، سواءٌ كان عن إقرارٍ أو إنكارٍ، إلَّا أنَّه إذا كان عن إقرارٍ: يكونُ كالبيع، فترجعُ الحقوقُ إلى الوكيل، كما في البيع، فتسليمُ بدلِ الصُّلحِ على الوكيل، وإذا كان عن إنكارٍ: فهو فداءُ يمينٍ في حقِّ المدَّعى عليه، فالوكيلُ سفيرٌ محضٌ، فلا ترجعُ إليه الحقوق[٧].

---

(١) أي: دفع المشتري الثَّمن إلى موكِّله.

(٢) أي: لم يطالب المشتري.

(٣) وهو الوكيل. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٧٩).

(٤) قوله: «وللمشتري منع الثمن... ولم يطالبه بائعه ثانيًا»: سقط من (ش٤).

(٥) «إلى»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣).

(٦) «الصلح»: سقط من (ش٤).

(٧) في (ش٤) زيادة قوله: «وللمشتري منع الثمن من موكل بائعه فإن دفع إليه صح ولم يطالبه ثانيًا».

باب الوكالة بالبيع والشراء

(الأمرُ بشِراءِ الطَّعام: على البرِّ في الدَّراهِمِ الكَثيرَةِ[١]، وعلى الخُبزِ في قَليلَةٍ، وعلى الدَّقيقِ في مُتَوسِّطَةٍ، وفي مُتَّخِذِ الوَليمَةِ[٢]: على الخُبزِ بكُلِّ حالٍ) هذه الوكالةُ ينبغي أن تكونَ باطلةً؛ لأنَّ الطَّعامَ يقعُ على كلِّ ما يُطعَم، فتكونُ جهالةُ جنسِه فاحشةً، لكنَّ المتعارَفَ[٣] في قوله: «اشترِ لي طعامًا»: أن يُرادَ به الحنطةُ، أوِ الدَّقيقُ، أوِ الخبز.

باب الوكالة بالبيع والشراء

[١] **قولُه**: (في دراهمَ كَثيرةٍ... إلخ) قيل: الكثيرة: عشَرةُ دراهمَ وما فوقَها، والقليلة: الثَّلاثةُ وما دونَها، والمتوسِّطُة: ما بينَ الثَّلاثةِ والعشَرة، فلوِ اشترى بالكثير دقيقًا أو خُبزًا، وبالقليل حِنطةً: لا يجوزُ على الموكِّل.

[٢] **قولُه**: (وفي مُتَّخِذِ الوَليمَةِ(١)) أي: صاحبِ الدَّعوةِ على الخبز، سواءٌ كانتِ الدَّراهمُ كثيرةً، أو متوسِّطةً، أو قليلةً، وهو المعنيُّ من قوله: «في كلِّ حالٍ»؛ لأنَّ حالَه يدلُّ على أنَّه ما يشتريه للادِّخار، وهو المرجِّحُ لجانب الحنطة؛ إذِ الخبزُ لا يقبلُه، وكذا الدَّقيقُ لا يقبلُه طويلًا، فتعيَّنَ البرُّ له، كذا في الزَّيلعيِّ(٢).

[٣] **قولُه**: (لكنَّ المتعارَف) قالوا: هذا في عُرف أهلِ الكوفة(٣)، فإنَّ سوقَ

(١) الوَليمة - بفتح الواو -: طعام العرس، وفي الحديث: «أولِم ولو بشاةٍ»، كذا في «الصِّحاح»: (ولم) (مِنهُ).
والحديث أخرجه البخاريُّ (٢٠٤٩)، ومسلمٌ (١٤٢٧) من حديث أنس بن مالكٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ.

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٦٠).

(٣) وقال بعض علماء ما وراء النَّهر: ((الطَّعام في عُرفنا ينصرف إلى ما يتهيَّأ للأكل بلا إدامٍ؛ كاللَّحم المطبوخ والمشويِّ ونحوه))، وقال الصَّدر الشَّهيد*: ((وعليه الفتوى))، =

(ولا يَصِحُّ(١) بشِراءِ شَيءٍ فَحُشَ جَهلُ جِنسِهِ[١]؛ كالرَّقيقِ، والثَّوبِ، والدَّابَّةِ وإن بَيَّنَ ثَمَنَهُ).

اعلم أنَّ كلَّ شيئينِ يتَّحدُ حقيقتُهما ومقاصدُهما: فهما من جنسٍ واحدٍ، وإنِ اختلفَتِ الحقيقةُ أوِ المقاصد: فهما من جنسَين، فإن فحُشَ جهالةُ الجنس؛ بأن قد(٢) ذكرَ جنسًا تحتَه أنواعٌ(٣)؛ كالرَّقيقِ فإنَّه ينقسِمُ إلى ذكرٍ وأنثى، وهما في بني آدمَ جنسان؛ لاختلافِ المقاصد، ثمَّ كلٌّ منهما قد يُقصَدُ منه الجمالُ كما في التُّركيِّ، وقد يُقصَدُ منه الخدمةُ كما في الهنديِّ، وكذا الثَّوبُ والدَّابَّة: فلا تصحُّ الوكالةُ بشراء هذه الأشياءِ وإن بيَّنَ الثَّمن.

الحِنطةِ ودقيقَها عندهم يُسمَّى سوقَ الطَّعام، وفي عُرف غيرِ أهلِها ينصرفُ إلى كلِّ مطعومٍ.

[١] قولُه: (فَحُشَ جَهْلُ جِنسِه... إلخ) والمرادُ بالجنس والنَّوعِ ههنا: غيرُ ما اصطلحَ عليه أهلُ الميزان.

فإنَّ الجنسَ عندهم هو المقولُ على كثيرينَ مختلفينَ بالحقيقة في جوابِ «ما هو؟» كالحيَوان.

والنَّوعَ هو المقولُ على كثيرينَ متَّفقينَ بالحقيقة في جواب «ما هو؟»؛ كالإنسان مثلًا.

= كذا في «النِّهاية»: (٨/ ٩٥) (مِنهُ). عن «الذَّخيرة».
* يُنظر: «الفتاوى الصُّغرى»: (٢/ ٣٣).

(١) أي: لا يصحُّ التَّوكيل.

(٢) «قد»: سقط من (ش٣).

(٣) في (ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «أجناسٌ».

(إلَّا إذا ذَكَرَ نوعَ الدَّابَّةِ كالحِمارِ) المرادُ بالنَّوع هنا: الجنسُ الأسفلُ في اصطلاح الفقهاء، أطلقَ عليه النَّوعَ لأنَّه نوعٌ بالنِّسبة إلى الأعلى، ويُسمَّى في المنطق: نوعًا إضافيًّا.

(أو ثَمَنَ الدَّارِ والمَحَلَّةِ) الدَّارُ ممَّا فحُشَ جهالةُ جنسِه[1]، فلا بدَّ من أن يُبيِّنَ(١) ثمنَها ومحلَّتَها.

ذخيرة العقبى

والصِّنفَ هو النَّوعُ المقيَّدُ بقيدٍ عرَضيٍّ؛ كالتُّركيِّ والهنديِّ.

والمرادُ ههنا بالجنس: ما يشملُ أصنافًا على اصطلاح أولئك، وبالنَّوع الصِّنف، فمَن وكَّلَ رجلًا بشراء شيءٍ: فإمَّا أن يكونَ معيَّنًا أو لا، والأوَّلُ لا حاجةَ فيه إلى ذكر شيءٍ، والثَّاني لا بدَّ فيه من تسمية جنسِه ونوعِه، مثلَ أن يقول: «عبدًا هنديًّا»، أو تسميةِ جنسِه ومبلغِ ثمنِه، مثلَ أن يقول: «عبدًا بخمسِمئةِ درهمٍ»؛ ليصيرَ الفعلُ الموكَّلُ به معلومًا، فيُمكنَه الامتثال، كذا في «العناية»(٢)(٣).

[١] قولُه: (الدَّارُ ممَّا فحُشَ جهالةُ جنسِه) يرِدُ عليه: أنَّ جهالةَ الدَّارِ متوسِّطةٌ كما

---

(١) في (ش١): «بين».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٧).

(٣) قال مفتي الثَّقلين: (٧/ ٣٣٨): ((الجهالة ثلاثة أنواع:
فاحشةٌ: وهي جهالة الجنس؛ كالتَّوكيل بشراء الثَّوب والدَّابَّة والرَّقيق، وهي تمنع صحَّة الوكالة وإن بيَّن الثَّمن؛ لأنَّ الوكيل لا يقدر على الامتثال.
ويسيرةٌ: وهي جهالة النَّوع؛ كالتَّوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثَّوب الهرويِّ، فإنَّها لا تمنع صحَّة الوكالة وإن لم يبيِّن الثَّمن.
وجهالةٌ متوسِّطةٌ: وهي بين النَّوع والجنس؛ كالتَّوكيل بشراء عبدٍ، أو أمةٍ، أو دارٍ، فإنْ بُيِّنَ الثَّمنُ أو النَّوع: يصحُّ، ويُجعَل ملحَقًا بجهالة النَّوع، وإن لمن يُبيَّن أحدُهما: لا يصحُّ، ويُلحَق بجهالة الجنس؛ لأنَّه يمنع الامتثال)).
ونقول: قد أشار المصنِّف لله درُّه إلى النَّوع الأوَّل وحكمه الذي هو عدم الصِّحَّة بقوله: «ولا يصحُّ بشراء شيءٍ عُلِمَ... إلخ»، وإلى الثَّالث بقوله: «وصحَّ بشراء شيءٍ جُهِلَ جنسه من وجهٍ» (مِنهُ).

(وصَحَّ(١) بشِراءِ شَيءٍ[١] عُلِمَ جِنسُهُ لا صِفَتُهُ؛ كالشَّاةِ والبَقَرِ) فإنَّهما[٢] جنسٌ واحدٌ؛ لاتِّحاد المقصودِ والمنفعة، فلا احتياجَ إلى بيان الصِّفة؛ كالسِّمَنِ والهُزال.

(وبشِراءِ(٢) شَيءٍ جُهِلَ جِنسُهُ مِن وَجهٍ كالعَبدِ، وذُكِرَ نَوعُهُ كالتُّركيِّ، أو ثَمَنٌ عَيَّنَ نَوعًا) العبدُ معلومُ الجنسِ من وجهٍ، لكن من حيثُ منفعةُ الجمالِ كأنَّه أجناسٌ مختلفةٌ، فإن بيَّنَ نوعَه كالتُّركيِّ: تصحُّ الوكالة[٣]، وكذا إذا بيَّنَ ثمنًا، ويكونُ الثَّمنُ بحيثُ[٤] يُعلَمُ منه النَّوع.

صرَّحَ به في «الكافي»(٣).

وجوابُه: أنَّ جهالةَ الدَّارِ جهالةُ الجنسِ عند المتأخِّرين، وجهالةُ النَّوعِ عند المتقدِّمين، فلتُحمَلْ عبارةُ كلٍّ منَ الكتابَينِ على كلٍّ منَ المذهبَين، فلا إشكال.

[١] قولُه: (ويصحُّ بشراءِ شَيءٍ) إلى قوله: (والبقَرِ) قال صاحبُ «التَّوفيق»(٤): ((هذا مستغنًى عنه بقوله: «إلَّا إذا ذُكِرَ نوعُ الدَّابَّةِ كالحمار»)).

أقول: قد ذُكِرَ هذا بالأصالة؛ لإظهار النَّوعِ الثَّاني بعد الإشارة إليه بطريق الاستثناءِ منَ النَّوعِ الأوَّل، وفيه مآربُ أخرى تظهرُ لمَن له أدنى دُربةٍ في صَنعة التَّأمُّل.

[٢] قولُه: (فإنَّهما) أي: كلَّ واحدٍ منهما كما لا يخفى.

[٣] قولُه: (تصحُّ الوكالة)؛ لأنَّ بمعرفة نوعِ الشَّيءِ تقلُّ الجهالةُ به.

[٤] قولُه: (ويكونُ الثَّمنُ بحيثُ... إلخ) أقول: يُفهَمُ منه أنَّه لو كان الثَّمنُ بحيثُ

---

(١) في (ش١) زيادة: «الأمر».

(٢) في (ش٣) و(ش٤): «وصح بشراء»، وفي (ش٥): «وتصح بشراء».

(٣) «الكافي»: (٧/ ٣٣٨).

(٤) «توفيق العناية شرح الوقاية»: (ق: ١٨٢).

(وبِشِراءِ عَينٍ[١] بدَينٍ لهُ على وَكيلِهِ) المرادُ بالعين: الشَّيءُ المعيَّنُ (وفي غيرِ عَينٍ: إن هَلَكَ في يَدِ الوَكيلِ: هَلَكَ عليهِ، فإن قَبَضَهُ آمِرُهُ: فهو لهُ) أي: أمرَ أن يشتريَ بالألف الذي له على المأمور عبدًا، ولم يُعيِّنِ العبد، فاشتراه فمات في يد المأمور: فهلاكُه عليه، ولا يصيرُ للآمر إلَّا أن يقبِضَه، وهذا عند أبي حنيفةَ بناءً على أنَّ الوكالةَ لم تصحَّ؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ تتعيَّنُ في الوكالات، فيكونُ الشِّراءُ مقيَّدًا بذلك الدَّين، فيصيرُ تمليكَ الدَّينِ مِن غير مَن عليه الدَّينُ بلا توكيلِ ذلك الغير، وهذا لا يصحُّ، بخلاف ما إذا كان العبدُ متعيِّنًا، فإنَّ البائعَ يصيرُ حينئذٍ وكيلًا بقبض الدَّين، فيصحُّ تمليكُ الدَّين.

وعندهما: إذا قبضَ المأمورُ: يصيرُ مِلكًا للآمر؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لم تتعيَّن، فلم يتقيَّدِ التَّوكيلُ بالدَّين، فصحَّتِ الوكالة، فيكونُ للآمر.

لا يُعلَمُ منه النَّوع: لا تصحُّ الوكالة، كأنْ يكونَ الثَّمنُ بحيثُ يُشترى به أيُّ نوعٍ كان منَ العبد، فلا يصيرُ النَّوعُ المرادُ معلومًا به عادةً، فيمتنعُ الامتثال.

[١] **قولُه**: (وبِشِراءِ عَينٍ... إلخ) **صورتُها**: رجلٌ له على آخرَ ألفُ درهمٍ مثلًا، فوكَّلَ الدَّائنُ المديونَ بشراء عبدٍ معيَّنٍ بهذه الألفِ التي عليه: صحَّ التَّوكيل، فإنِ اشتراه: كان للموكِّل، ولو هلكَ في يد الوكيل: هلكَ على الموكِّل؛ لأنَّ في تعيين المبيعِ تعيينَ البائع، ولو عيَّنَ البائع: يجوزُ بناءً على أنَّ البائعَ يصيرُ وكيلًا بأن يقبِضَ منَ المديون لأجل الموكِّل، ثمَّ يقبِضَ لنفسه، فلا يكونُ تمليكَ الدَّينِ مِن غير مَن عليه الدَّين، وهذا معنى قولِ الشَّارحِ بُعيدَ هذا: «بخلاف ما إذا كان العبدُ متعيِّنًا»، كذا فُهِمَ من تقرير تاجِ الشَّريعة(١).

(١) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ٦١) مخطوط.

وجوابُه: ما مرَّ أنَّها تتعيَّنُ في الوكالات، فإنَّه إذا قيَّدَ الوكالةَ بها عينًا كانت أو دينًا، فهلكت، أو سقطَ الدَّين: تبطلُ الوكالة.

(وبشِراءِ(١) نَفسِ المَأمورِ مِن سَيِّدِهِ إن قالَ(٢): «بِعني نَفسي لفُلانٍ»، فباعَ، وإن(٣) لم يَقُل: «لفُلانٍ»: عَتَقَ(٤)) أي: إذا قال رجلٌ لعبدٍ: «اشترِ لي نفسَك مِن مولاك»، فالعبدُ إن قال: «بعني نفسي لفلانٍ»، فباع: يقعُ عنِ الآمر، وإن لم يقُل: «لفلانٍ» عتَقَ على المولى.

فإن قيل: الوكيلُ بشراء شيءٍ معيَّنٍ إذا اشتراه من غير أن يُضيفَ إلى الآمر: يقعُ عنِ الآمر.

قلنا: الوكيلُ قد أتى بتصرُّفٍ من جنسٍ آخَر، وهو العتقُ على مالٍ، وفي مثلِ هذا[١] يقعُ عنِ الوكيل.

(وفي شِراءِ نَفسِ الآمِرِ مِن سَيِّدِهِ بألفٍ: دَفَعَ إن قالَ لسَيِّدِهِ: «اشتَرَيتُهُ لنَفسِهِ»، فباعَهُ: عَتَقَ عليهِ، فإن لم يَقُل: «لنَفسِهِ»: كانَ لوَكيلِهِ، وعليهِ ثَمَنُهُ، والألفُ للسَّيِّدِ(٥)) أي: قال عبدٌ لرجلٍ: «اشترِ لي نفسي مِن مولاي بألفٍ»، ودفعَها إليه، فقال الوكيل: «اشترَيتُه لنفسه»، فباعَه: يكونُ إعتاقًا على مالٍ[٢]، وإن لم يقل:

---

[١] قولُه: (وفي مثلِ هذا... إلخ)؛ لأنَّه صارَ مخالفًا بالتَّصرُّف المذكور، فينفُذُ عليه.

[٢] قولُه: (يكونُ إعتاقًا على مالٍ) فهو حرٌّ، وولاؤه لسيِّده.

---

(١) أي: صحَّ التَّوكيل.
(٢) أي: المأمور.
(٣) في (م١) و(م٢): «فإن».
(٤) في (ش١) زيادة: «عليه».
(٥) في (م٢): «فالألف لسيده».

«لنفسه»: كان الشِّراءُ واقعًا مِنَ الوكيل[١]، فيكونُ الثَّمنُ على المشتري، وهذا الألفُ للمولى؛ لأنَّه كسبُ عبدِه.

(فإن قالَ: «اشتَرَيتُ(١) عَبدًا للآمِرِ، فماتَ»، وقالَ الآمِرُ:(٢) «بل لنَفسِكَ»: صُدِّقَ الوَكيلُ إن كانَ دَفَعَ الآمِرُ الثَّمَنَ، وإلَّا: فالآمِرُ) أي: أمرَ رجلًا بشراء عبدٍ بألفٍ، فقال الوكيل: «قد فعلت، ومات العبدُ عندي»، وقال الآمر: «اشتريتَ لنفسك»، فإن دفعَ الآمرُ الثَّمنَ: فالقولُ للوكيل، وإن لم يدفَع: فالقولُ للآمر.

علَّل في «الهداية»(٣) فيما إذا لم يدفَعِ الآمرُ الثَّمن: بأنَّ الوكيلَ أخبرَ بأمرٍ لا يملِكُ استئنافَه[٢]، وفيما إذا دفعَ الثَّمنَ بأنَّ الوكيلَ أمينٌ يُريدُ الخروجَ عن عُهدة الأمانة.

---

[١] قولُه: (كان الشِّراءُ واقعًا مِنَ الوكيل) أي: كان العبدُ مِلكًا له، والألفُ الذي أخذَه منَ العبد ودفعَه إلى المولى: كان للمولى مجَّانًا على كلا تقديرَيِ العتقِ عليه، وكونِه ملكًا للوكيل، وعلى المشتري الذي هو الوكيل، أو على العبد إذا عتقَ ألفٌ مثلُها ثمنًا أو بدلَ العتق؛ لأنَّ الأداءَ قد بطلَ لاستحقاق المولى ما أدَّاه بجهةٍ أخرى، وهو أنَّه كسَبَ عبدَه، فكان مِلكًا له قبل الشِّراء وقبل العتق، فلا يصلحُ مِلكُه بدلًا عن مِلكه.

[٢] قولُه: (بأمرٍ لا يملِكُ استئنافَه) أي: استئنافَ سببِه، وهو مجازٌ بالحذف، وهو الرُّجوعُ بالثَّمن على الآمر، فإنَّ سببَ الرُّجوعِ على الآمر هو العقد(٤)، وهو لا يقدرُ

---

(١) في (م١): «شريت»، وفي (م٢): «أشريت».

(٢) في (ش٣) زيادة: «لا». (٣) «الهداية»: (٣/ ١٤٢).

(٤) أي: لا يقدر على إنشاء سببه وهو الشِّراء، ومَن أخبر بشيءٍ لا يملك إنشاءه في الحال: لا يكون القول قولَه؛ كما إذا قال: «راجعت إن كانت العدَّة باقيةً» يُصدَّق؛ لأنَّه أخبر عمَّا يملك إنشاءه، وإن لم يكن: فلا يُصدَّق، كذا في تاج الشَّريعة: (٢/ ٦١) (مِنهُ).

أقول: كلُّ واحدٍ مِنَ التَّعليلَين شاملٌ للصُّورتَين[١]، فلا يتمُّ به(١) الفرق، بل لا بدَّ منَ انضمام أمرٍ آخَر، وهو أنَّ فيما إذا لم يدفعِ الثَّمن: يدَّعي الثَّمنَ على الآمر، وهو يُنكرُه، فالقولُ للمنكِر، وفيما إذا دفعَ الثَّمنَ: يدَّعي الآمرُ الثَّمنَ على المأمور[٢]، فالقولُ للمنكِر.

(وله الرُّجوعُ بالثَّمَنِ على الآمِرِ، دَفَعَهُ إلى بائعِهِ أو لا) أي: للوكيل بالشِّراء الرُّجوعُ بالثَّمن على الآمر إذا فعلَ ما أمرَه به، سواءٌ دفع الوكيلُ الثَّمنَ إلى بائعه، أو لم يدفَعه.

جعَلوا هذه المسألةَ مبنيَّةً على أنَّه يجري بين الوكيل والموكِّلِ مبادَلةٌ حُكميَّةٌ، فيصيرُ الوكيلُ بائعًا مِن موكِّله[٣]، فله مطالبةُ الثَّمنِ وإن لم يدفَع إلى بائعه.

على استئنافه؛ لأنَّ العبدَ ميِّتٌ، وهو ليس بمحلٍّ للعقد، فكان قولُ الوكيل: «فعلت، ومات عندي» لإرادة الرُّجوعِ وهو منكِرٌ، فالقولُ قولُه، كذا في «الأكمليَّة»(٢).

[١] **قولُه:** (شاملٌ للصَّورتَين) قال الأستاذُ في «غُرره»(٣): ((الأمرُ ليس كما قال(٤)؛ لأنَّ التَّعليلَ الثَّانيَ لا يجري في الصُّورة الأولى؛ إذ لا يجوزُ أن يُقال: المأمورُ أمينٌ يدَّعي الخروجَ عن عُهدة الأمانة؛ لأنَّه إنَّما يكونُ أمينًا إذا كان قابضًا للثَّمن، والفرضُ أنَّه لم يقبِضْه))، فليُتأمَّلْ.

[٢] **قولُه:** (يدَّعي الآمرُ الثَّمنَ على المأمور) أي: وهو يُنكرُه.

[٣] **قولُه:** (فيصيرُ الوكيلُ بائعًا من موكِّلِه) يعني: كالبائعِ منه؛ لثبوت أماراتِ

---

(١) «به»: سقط من (ش٢) و(ش٣).
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٥١).
(٣) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٢٨٧).
(٤) في (ح١) زيادة: «الشَّارح». وقد صرَّح الأستاذ ملَّا خسرو بأنَّه يردُّ على صدر الشَّريعة.

(وله(١) حَبسُ المَبيعِ مِن آمِرِهِ لقَبضِ ثَمَنِهِ وإن لم يَدفَع) بناءً على ما ذُكِرَ مِنَ المبادَلة الحكميَّة (فإن هَلَكَ في يَدِهِ(٢) قبلَ حَبسِهِ منهُ: هَلَكَ على الآمِرِ، ولم يَسقُط ثَمَنُهُ، وبعدَ حَبسِهِ: سَقَطَ) فإنَّه إذا حبسَ عنِ الآمر لقبض الثَّمن، فهلكَ في يد الوكيل: يكونُ مضمونًا على الوكيل، ثمَّ اختُلِف:

- فعند أبي يوسُف: يضمنُ ضمانَ الرَّهن[١].

- وعند محمَّدٍ، وهو قولُ أبي حنيفة: يضمنُ ضمانَ المبيع[٢]، فما ذُكِرَ في «المتن» من سقوط الثَّمن: إشارةٌ إلى هذا المذهب[٣].

- وعند زفر: يضمنُ ضمانَ الغصب[٤]؛ إذ عنده: ليس له حقُّ الحبس.

العقدِ بينَهما، فإنَّهما إذا اختلفا في مقدار الثَّمن: يتحالفان، وإذا وجدَ الموكِّلُ عيبًا بالمشترى: يردُّه على الوكيل، وذلك من خواصِّ العقد.

[١] قولُه: (ضمانَ الرَّهنِ) أي: الأقلَّ منَ القيمة ومنَ الدَّين، وهو الثَّمنُ ههنا، فإذا كان الثَّمنُ خمسةً مثلًا، وقيمةُ المبيعِ عشَرةٌ: رجع الوكيلُ على الموكِّل بخمسةٍ.

[٢] وقولُه: (ضمانَ المبيعِ) يعني: بالثَّمن.

[٣] قولُه(٣): (إلى هذا المذهب) أي: مذهبِ الأعظمِ ومحمَّدٍ.

[٤] وقولُه: (ضمانُ الغصبِ) يعني: بالقيمة، صرَّحَ به شُرَّاحُ «الهداية»(٤)، كما فهمَ الكلُّ من قول الشَّارح: «فإن كان الثَّمنُ مساويًا... إلخ».

---

(١) أي: للوكيل.
(٢) أي: في يد الوكيل.
(٣) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(ضمان الغصب)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٠) حيث قال: ((وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغةً ما بلغت)).

فإن كان الثَّمنُ مساويًا للقيمة: فلا اختلاف، وإن كان الثَّمنُ عشَرةً، والقيمةُ خمسةَ عشَر: فعند زفر: يضمنُ خمسةَ عشَر، وعند الباقين: يضمنُ عشَرةً.

وإن كان بالعكس: فعند زفر: يضمنُ عشَرةً، فيُطالبُ الخمسةَ مِنَ الموكِّل، وكذا عند أبي يوسُف؛ لأنَّ الرَّهنَ يُضمَنُ بأقلَّ من قيمته ومنَ الدَّين.

وعند محمَّدٍ: يكونُ مضمونًا بالثَّمن، وهو خمسةَ عشَر.

[مخالفةُ الوَكيل أمرَ المُوكل في الشِّراء]

(وليس للوَكيلِ[١] بشِراءِ عَينٍ شِراؤهُ لنَفسِهِ، فلو شَرى بخِلافِ جِنسِ ثَمَنٍ سُمِّيَ[(١)][٢]، أو بغيرِ النُّقودِ، أو غيرَهُ بأمرِهِ بغَيبَتِهِ: وَقَعَ لهُ، وبحَضرَتِهِ: لآمِرِهِ) أي: إن[(٢)]

---

[١] قولُه: (وليسَ للوَكيلِ... إلخ) أي: وإن نوى عند العقد الشِّراءَ لنفسه، وصرَّحَ بالشِّراء لنفسه بأن قال: «اشهدوا أنِّي قدِ اشتريتُ لنفسي»، إلَّا إذا خالفَ بأحد الوجوهِ المذكورة، هذا إذا كان الموكِّلُ غائبًا، فإن كان حاضرًا وصرَّحَ الوكيلُ أنَّه اشترى لنفسه: فإنَّه يكونُ مشتريًا لنفسه؛ لأنَّه عزلَ نفسَه حالَ حضرةِ الموكِّل، ولا كذلك حالَ غَيبتِه.

[٢] قولُه: (بخلاف جِنسِ ثَمَنٍ سُمِّيَ) إنَّما خصَّ الجنسَ بالذِّكر؛ لأنَّه لو خالفَ في الوصف: فإنَّ المأتيَّ به إن كان أنفعَ منَ المأمور به: ينفُذُ على الآمر؛ كما إذا أمرَه بالبيع بألفٍ، فباعَه بألفٍ وخمسمئةٍ، وإن كان أضرَّ: لا ينفُذ، كما إذا باعَه بتسعمئةٍ، كذا في «المحيط»[(٣)].

---

(١) في (م٢): «مسمًّى»، وفي (ش٤) زيادة: «له».

(٢) في (ش٣) زيادة: «كان».

(٣) «المحيط الرَّضويُّ»: (٨/ ١١٦).

وُكِّلَ بشراء شيءٍ معيَّنٍ: فالوكيلُ إن لم يُخالِف[١] أمرَ الموكِّل: فالمشترى للموكِّل، فإن خالفَ: فللوكيل، فالموكِّلُ إن سمَّى الثَّمن: فالوكيلُ إنِ اشترى بخلاف ذلك الجنسِ كان مخالَفةً.

وإن لم يُسَمِّ الثَّمن: فإنِ اشترى بغير النُّقود: كان مخالَفةً؛ لأنَّ المتعارَفَ الشِّراءُ بالنُّقود، والمعروفُ عُرفًا كالمشروط شرطًا.

وإنِ اشترى غيرُ الوكيلِ بأمره لكن بغَيبته: يكونُ مخالَفةً، وإن كان بحضرته: لا يكونُ مخالَفةً؛ لأنَّه حضرَ رأيُه.

(وفي غيرِ عَينٍ: هو للوَكيلِ(١)، إلَّا إذا أضافَ العَقدَ إلى مالِ آمِرِه، أو أطلَقَ ونَوى لهُ) أي: إن قال الوكيل: «اشترَيتُ بهذا الألف، والألفُ مِلكُ الموكِّل»، أو أطلق؛ أي: قال: «أشتري بألفٍ مطلَقٍ» من غير أن يُقيِّدَ «بألفٍ»: هو ملكُ الموكِّل، لكن [إن] نوى الشِّراءَ للآمر: يكونُ للآمر.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فالوكيلُ إن لم يُخالفْ... إلخ) قيل: ما الفرقُ بينَ هذا وبينَ الوكيلِ بنكاح امرأةٍ بعينها إذا نكحَها من نفسه بمثل المهرِ المأمورِ به، فإنَّه يقعُ على الوكيلِ لا على الموكِّل، معَ أنَّه لم يُخالفْ في المهر المأمورِ به.

وأُجيب: بأنَّ النِّكاحَ الموكَّلَ به نكاحٌ مضافٌ إلى الموكِّل، والموجودُ منه ليس بمضافٍ إليه، حيثُ أنكحَها من نفسه، فإنَّ الإنكاحَ من نفسه أن يقول: «تزوَّجتُك»، وليس ذلك بمضافٍ إلى الموكِّل لا محالة، فكانتِ المخالفةُ موجودةً، فوقعَ على الوكيل، كذا في «العناية»(٢).

---

(١) أي: إذا وكَّل رجلًا بشراء عبدٍ بغير عينه، فاشترى عبدًا: فهو للوكيل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٨٩).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٥) باختصارٍ.

(ويَبطُلُ الصَّرفُ والسَّلَمُ بمُفارَقَةِ الوَكيلِ دونَ آمِرِهِ(١)).

صورةُ المسألة(٢): أن يوكِّلَ رجلًا بأن يشتريَ له كُرَّ بُرٍّ بعقد السَّلَم، وليس المرادُ التَّوكيلَ ببيع الكرِّ بعقدِ السَّلَم؛ لأنَّ هذا لا يجوز؛ إذ الوكيلُ(٣) يبيعُ طعامًا في ذمَّته على أن يكونَ الثَّمنُ لغيره، ولا نظيرَ له في الشَّرع[١]، وإنَّما يُعتبرُ مفارقةُ الوكيل؛ لأنَّ العاقدَ هو الوكيل[٢].

(فإن قالَ: «بِعني هذا لزَيدٍ»، فباعَهُ، ثمَّ أنكَرَ الأمرَ) أي: أنكرَ المشتري أنَّ زيدًا أمرَه بالشِّراء: (أخَذَهُ زَيدٌ)؛ لأنَّ قولَه: «بعني لزيدٍ» إقرارٌ بتوكيله؛ لأنَّ هذا البيعَ إنَّما يكونُ لزيدٍ إذا أمرَ زيدٌ به، فلا يُصدَّقُ[٣] في إنكاره أمرَه (فإن صَدَّقَهُ: لا

---

[١] **قولُه**: (ولا نظيرَ له في الشَّرع) وذلك لأنَّ مَن باع مِلكَ نفسِه العينَ على أن يكونَ الثَّمنُ لغيره: لا يجوز، فكذلك في الدُّيون، وإذا بطلَ التَّوكيل: كان الوكيلُ عاقدًا لنفسه، فيجبُ الطَّعامُ في ذمَّته، ورأسُ المالِ مملوكٌ له، فإذا سلَّمَه إلى الآمر على وجه التَّمليكِ منه: كان قرضًا عليه، ولا فرقَ في ذلك بينَ أن يُضيفَ العقدَ إلى نفسه أو إلى الآمر؛ لإطلاق ما يدلُّ على بطلانه، كذا في «الأكمليَّة»(٤).

[٢] **قولُه**: (لأنَّ العاقدَ هو الوكيل) قال شيخ الإسلام: هذا إذا كان الموكِّلُ غائبًا عن مجلس العقد، وأمَّا إذا كان حاضرًا فيه: يصيرُ كأنَّه صارفٌ بنفسه، فلا تُعتبرُ مفارقةُ الوكيل.

[٣] **قولُه**: (فلا يُصدَّقُ)؛ لأنَّه صارَ مناقضًا، والمناقضُ لا قولَ له(٥).

---

(١) أي: مفارقة الموكِّل لا يبطله؛ لأنَّه ليس بعاقدٍ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٨٩).

(٢) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٥): «السلم»، وسقط من (ش٤): «المسألة».

(٣) في (ش١): «إذا التوكيل».

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٥).

(٥) لأنَّ مواضعَ التُّهم مستثناةٌ من الوكالات، وهذه مواضعُها؛ لأنَّ المنافع متَّصلةٌ، كذا في «التَّبيين»=

يَأْخُذُهُ جبرًا)[١] أي: إن صدَّقَ زيدٌ المشتريَ أنَّه لم يأمُره: لا يأخذُه جبرًا؛ لأنَّ إقرارَ المشتري ارتدَّ بردِّه، وإنَّما قال: «جبرًا»؛ لأنَّ المشتريَ إن سلَّمَه إلى زيدٍ: يكونُ بيعًا بالتَّعاطي، فالتَّسليمُ على وجه البيعِ يكفي للتَّعاطي وإن لم يوجَد نقدُ الثَّمن.

(ومَن وُكِّلَ بشِراءِ مَنٍّ[٢] لَحمٍ بدِرهَمٍ، فشَرى مَنَوينِ بدِرهَمٍ ممَّا يُباعُ مَنٌّ بدِرهَمٍ: لَزِمَ موَكِّلَهُ مَنٌّ بنِصفِ دِرهَمٍ) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يلزمُه منوانِ بدرهمٍ؛ لأنَّ الموكِّلَ أمرَه بصرف الدِّرهمِ إلى اللَّحم، فصرَفَ وزادَه خيرًا.

وله: أنَّه أمرَه بشراء مَنٍّ، لا بشراء الزِّيادة.

وإنَّما قال: «ممَّا يُباعُ منٌّ بدرهمٍ»؛ حتَّى لو اشترى لحمًا لا يُباعُ منٌّ بدرهمٍ، بل بأقلَّ: يكونُ الشِّراءُ واقعًا للوكيل؛ لأنَّ الآمرَ أمرَه بشراء لحمٍ يُساوي مَنٌّ منه بدرهمٍ، لا بأقلَّ.

(فإن أُمِرَ بشِراءِ عَبدَينِ عينَينِ بلا ذِكرِ ثَمَنٍ، فشَرى أحَدَهُما، أو بشِرائِهما[٣] بألفٍ وقيمَتُهما سَواءٌ، فشَرى أحَدَهُما بنِصفِهِ، أو بأقَلَّ: صَحَّ، وبالأكثَرِ: لا، إلَّا إذا شَرى الآخَرَ بباقي الثَّمَنِ قبلَ الخُصومَةِ) أي: إذا أُمِرَ بشراء عبدَينِ معيَّنين:

= وغيره من المعتبَرات (مِنهُ). يُنظَر: «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٧٠)، و«الهداية»: (٣/ ١٤٥).

(١) في (ش٣) زيادة قوله: «إلا أن يسلم إليه».

(٢) المَنُّ: بالفتح والتَّشديد: مكيالٌ سعته رطلان عراقيَّان، أو أربعون إستارًا، يساوي (٣٩، ٨١٥) غرامًا. «معجم لغة الفقهاء»: (ص ٤٦٠).

(٣) أي: وكَّله بشراء عبدين.

فإن لم يذكرِ الثَّمن، فشرى أحدَهما: يقعُ عنِ الآمر؛ لأنَّ التَّوكيلَ مطلَقٌ، وقد لا يتَّفقُ الجمعُ بينهما، وإن سمَّى ثمنَهما بأن قال: «اشترِ لي عبدَين بألفٍ»، وقيمتُهما سواءٌ، فشرى أحدَهما بالنِّصف أو بأقلَّ: صحَّ عنِ الآمر، وإنِ اشترى بأكثرَ مِنَ النِّصف: لا يقعُ عنِ الآمر، بل يقعُ عنِ الوكيل، إلَّا إذا اشترى الآخَرَ بباقي الثَّمنِ قبلَ الخصومة؛ لأنَّ المقصودَ حصولُ العبدينِ بألفٍ.

وعندهما: إنِ اشترى أحدَهما بأكثرَ مِنَ النِّصف ممَّا يتغابنُ النَّاسُ فيه، وقد بقيَ مِنَ الثَّمن ما يشتري به الباقيَ: يصحُّ عنِ الآمر.

(فإن قال: «اشترَيتُهُ بألفٍ»، وقال الآمِرُ: «بنِصفِهِ»، فإن كانَ ألَفَ[1] الآمِرُ: صُدِّقَ الآخَرُ إن ساواهُ، وإلَّا: فالآمِرُ) أي: إن أعطاه الآمرُ الألف، وقال: «اشترِ به [لي][2] جاريةً» فشرى، وقال: «اشتريتُها بألفٍ»، وقال الآمر: «اشتريتَها بخمسمئةٍ»: صُدِّقَ الوكيلُ إن ساوى المبيعُ الألف، وإن لم يُساويه[3]: صُدِّقَ الآمر؛ لأنَّه أمرَه بشراء جاريةٍ بألفٍ، والوكيلُ لا يملكُ الشِّراءَ بالغَبن الفاحش، فلا يقعُ عنِ الآمر، بل يقعُ عنِ الوكيل.

(وإن لم يَكُن ألَفَهُ ويُساوي نِصفَهُ: صُدِّقَ الآمِرُ، وإن ساواهُ: تَحالَفا) أي: قال: «اشترِ لي جاريةً بألفٍ»، ولم يُعطِهِ الألف، وقال المأمور: «اشتريتُها بألفٍ»، وقال الآمر: «بل بنصفه[4]»: فإن كانت قيمتُها خمسَمئةٍ: صُدِّقَ الآمر،

....

(١) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤): «ألفا». أي: أعطاه ألفًا. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٩٢)، و«القاموس المحيط»: (أ ل ف).

(٢) ما بين معكوفين مثبت من (ش٥) وفي (ش٢): «اشتر لي».

(٣) «يساويه»: في (ش٣) و(ش٥): «يساوه»، وفي (ش٤): «يساوي».

(٤) في (ش١): «نصفه».

وكذا إذا(١) كانت أكثرَ مِن خمسمئةٍ وأقلَّ من ألفٍ؛ لظهور المخالَفة؛ لأنَّ الأمرَ وقعَ بشراء جاريةٍ تُساوي ألفًا بألفٍ، وإن كانت قيمتُها ألفًا: تحالَفا؛ لأنَّ الوكيلَ والموكِّلَ بمنزلة البائعِ والمشتري، فإن تحالَفا(٢): ينفسخُ البيعُ بينهما، وبقيَ المبيعُ للوكيل.

واعلم أنَّ المرادَ بقوله: «صُدِّقَ» في جميع ما ذُكِرَ: التَّصديقُ بغير الحلِف.

(وكذا(٣) في مُعَيَّنٍ لم يُسَمِّ لهُ ثَمَنًا، فشَراهُ واختَلَفا في ثَمَنِهِ وإن(٤) صَدَّقَ البائعُ المَأمورَ في الأظهَرِ) أي: إن أمرَ أن يشتريَ له هذا العبدَ، ولم يُسمِّ له ثمنًا، فاشتراه، فقال: «اشتَرَيتُه بألفٍ»، وقال الآمر: «بل بنصفه»: تحالَفا وإن صدَّقَ البائعُ المأمور، وإنَّما قال هذا؛ لأنَّ في صورة تصديقِ البائعِ المأمورَ قد قيل: لا تحالُف، بلِ القولُ للمأمور معَ اليمين؛ لأنَّ الخلافَ يرتفعُ بتصديق البائع، فلا يجري التَّحالف، لكنِ الأظهرُ أن يتحالَفا، وهذا قولُ الإمامِ أبي منصورٍ؛ لأنَّ البائعَ بعدَ استيفاء الثَّمنِ[١] أجنبيٌّ عنهما، وأيضًا هو أجنبيٌّ عنِ الموكِّل، فلا يُصدَّقُ عليه.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لأنَّ البائعَ بعد استيفاءِ الثَّمن... إلخ) جوابٌ عن قولِه: «لأنَّ الخلافَ يرتفع»؛ يعني: أنَّ البائعَ بعد استيفاء الثَّمنِ: أجنبيٌّ عنهما، وقبله: أجنبيٌّ عنِ الموكِّل؛ إذْ لا عقدَ بينَهما، فلم يكنْ كلامُه معتبَرًا، فبقيَ الخلافُ والتَّحالف، كذا في «الأكمليَّة»(٥).

---

(١) في (ش٤) و(ش٥): «إن».
(٢) في (ش١) و(ش٤) «حالفا» في (ش٢): «حلفا».
(٣) أي: وكذا الحكم، وهو التَّحالف. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٩٣).
(٤) «إن» وصليَّةٌ.
(٥) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٦٥).

فصلٌ

[في الوَكالة في البيع]

(لا يَصِحُّ بَيعُ الوَكيلِ وشِراؤهُ مِمَّن تُرَدَّ شَهادَتُهُ له[١]) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوزُ إن كان بمثل القيمةِ[٢] إلَّا مِن عبده أو مكاتَبِه[٣].

ذخيرة العقبى

فصلٌ

[في الوكالة في البيع]

[١] **قولُه**: (مِمَّنْ تُرَدَّ شَهادَتُه لهُ)؛ كالأصولِ والفروع، وأحدِ الزَّوجَين، والرَّقيق.

واعلم أنَّ الحكمَ بعدم الصِّحَّةِ في البيع والشِّراءِ منهم مختصٌّ بما إذا لم يقلِ الموكِّلُ له: «بعْ ممَّنْ شئت»، حتَّى لو قال ذلك: يجوزُ بيعُه منهمُ اتِّفاقًا، وبما إذا كان بمثل القيمة، فإذا كان البيعُ بأكثرَ والشِّراءُ بأقلَّ منها: فلا خلافَ في جوازهما(١).

[٢] **قولُه**: (وعندهما: يجوزُ إن كان بمثلِ القيمةِ) ظاهرُه يُشعرُ بأنَّ البيعَ منهم بغُبنٍ يسيرٍ: لا يجوز(٢)، كما في «شرح الطَّحاويِّ»، وذكرَ في «الذَّخيرة» أنَّ ذلك يجوزُ عندهما، فكان الغُبنُ اليسيرُ على ذلك التَّقديرِ ملحَقًا بمثل القيمة، كذا في «العناية»(٣).

[٣] **قولُه**: (إلَّا من عبدِه أو مكاتَبِه) يعني: عبدَه الذي لا دَينَ عليه، وإنَّما قلنا هذا؛ لأنَّ المديونَ المستغرَقَ يجوزُ البيعُ والشِّراءُ بينَه وبينَ مولاه؛ لأنَّ علَّةَ عدمِ الجوازِ

(١) وفي عكسه خلافٌ في عدم جوازهما (مِنهُ).

(٢) أي: من الأصول والفروع وأحد الزَّوجين سوى الرَّقيق كما لا يخفى (مِنهُ).

(٣) «شرح مختصر الطَّحاويِّ»: (٢/ ١١٧٥)، و«الذَّخيرة البرهانيَّة»: (١٥/ ٣٠٠)، و«العناية شرح الهداية»: (٨/ ٧٤).

(وصَحَّ بَيعُ الوَكيلِ بِهِ[(١)] بما قَلَّ أو كَثُرَ، والعَرَضِ[(٢)] والنَّسيئَةِ) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يصحُّ إلَّا بما يتغابنُ النَّاسُ فيه، ولا يصحُّ إلَّا بالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنَّ المطلقَ ينصرِفُ إلى المتعارَف.

والمرادُ بالنَّسيئة: البيعُ بالثَّمن المؤجَّل.

وعندهما: يتقيَّدُ بأجلٍ متعارَفٍ.

(وبَيعُ[(٣)] نِصفِ ما وُكِّلَ ببَيعِهِ) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوزُ إلَّا أن يبيعَ الباقيَ قبلَ أن يختصِما؛ لئلَّا يلزمَ ضررُ الشَّركة.

(وأخذُهُ[(٤)] رَهنًا، أو كَفيلًا[(٥)] بالثَّمَنِ، فلا يَضمَنُ إن ضاعَ في يَدِهِ[(٦)]، أو تَوِيَ[١]

ذخيرة العقبى

لزومُ البيعِ من نفسه؛ لأنَّ ما في يده لمولاه، والمديونُ ليس كذلك؛ لتعلُّقِ حقِّ الدَّائنِ به، وأمَّا المكاتَب: فهو عبدٌ حكمًا.

[١] قولُه: (تَـوِيَ) - بكسرِ الـواو[(٧)]- أي: هلكَ، منَ التَّوى، وصـوَّرَهُ في الكفالة[(٨)]: بأن ماتَ الكفيلُ مفلِسًا، والمكفولُ عنه أيضًا ماتَ مفلِسًا، أو غابَ ولا يُعرَفُ موضعُه.

---

(١) أي: بالبيع. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٩٥). و«به»: سقط من (ش١) و(ش٤).

(٢) في (ش٣): «العروض».

(٣) معطوفٌ على قوله: «وصحَّ بيع الوكيل».

(٤) أي: وصحَّ أخذ الوكيل بالبيع رهنًا بالثَّمن. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٩٥).

(٥) في (م١) و(م٢): «وكفيلًا».

(٦) أي: الوكيل.

(٧) وبابه بكسر العين في الماضي، وفتحها في المضارع، كذا في «مختصر «الصِّحاح»: (توى) (مِنهُ).

(٨) وقيل: المراد بالكفالة ههنا: الحوالة؛ لأنَّ الهلاك يتحقَّق في الكفالة؛ لأنَّ الأصل لا يبرأ، فذكرُ المسألة ههنا لأدنى ملابَسةٍ (مِنهُ).

ما على الكَفيلِ) إنَّ [الضَّميرَ في][(١)]: «ضاع» يرجعُ إلى الرَّهن.

وصورةُ التَّوى: أن يرفعَ[(٢)] الحادثةَ إلى قاضٍ يرى براءةَ الأصيلِ بنفس الكفالة، كما هو مذهبُ مالكٍ[(٣)]، فحكمَ ببراءة الأصيل، ثمَّ مات الكفيلُ مفلِسًا.

(وتَقَيَّدَ شِراءُ الوَكيلِ به[(٤)] بمِثلِ القيمَةِ، أو بزيادَةٍ[(٥)] يَتَغابَنُ النَّاسُ[(٦)] فيها، وهي ما يُقَوِّمُ به مُقَوِّمٌ[(٧)][١]، ويوقَفُ شِراءُ نِصفِ ما وُكِّلَ بشِرائِهِ على شِراءِ الباقي) هذا بالاتِّفاق.

والفرقُ لأبي حنيفةَ بين البيع والشِّراء: أنَّ في الشِّراء تُهمةً، وهي أنَّه اشترى لنفسه، ثمَّ ندم، فيُلقيه على الموكِّل، ولا تهمةَ في البيع، فيجوز؛ لأنَّ الأمرَ ببيع الكلِّ يتضمَّنُ بيعَ النِّصف؛ لأنَّه ربَّما لا يتيسَّرُ بيعُ الكلِّ دَفعةً.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وهيَ ما يُقَوِّمُ به مُقَوِّمٌ) فالذي لا يُتغابَنُ فيه: ما لا يدخلُ تحت تقويم المقوِّمين، قيل: هذا التَّحديدُ فيما لم يكنْ له قيمةٌ معلومةٌ في البلد؛ كالعبيدِ والدَّوابِّ، فأمَّا ما له ذلك؛ كالخبز، واللَّحم، وغيرِهما، فزادَ الوكيلُ بالشِّراء: لا ينفُذُ على الموكِّل وإن قلَّتِ الزِّيادةُ؛ كالفَلْسِ مثلًا؛ لأنَّ هذا ممَّا لا يدخلُ تحت تقويم المقوِّمين؛ إذِ الدَّاخلُ تحته ما يُحتاجُ فيه إلى تقويمهم، ولا حاجةَ ههنا للعلم به، فلا يدخل.

(١) ما بين معكوفين مثبت من النُّسخة المطبوعة.
(٢) في (ش١) و(ش٣) و(ش٤): «إن رفع».
(٣) ينظر: «منح الجليل»: (٦/ ٣٦٦).
(٤) أي: بالشِّراء. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٢٩٦). وسقط من (ش٤): «به».
(٥) في (م١) و(م٢): «وبزيادةٍ».
(٦) «الناس»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣).
(٧) قيل: إنَّ كلَّ ما يدخل تحت تقويم المقوِّمين: فهو يسيرٌ، وما لا: فهو فاحشٌ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٥٨).

(ولو رُدَّ مَبيعٌ على وَكيلٍ بعَيبٍ يَحدُثُ مِثلُهُ أو لا يَحدُثُ[١] ببيِّنَةٍ، أو نُكولٍ، أو إقرارٍ: رَدَّهُ على آمِرِهِ، إلَّا وَكيلٌ أقرَّ بعَيبٍ يَحدُثُ مِثلُهُ، ولَزِمَهُ ذلك) أي: باع الوكيلُ بالبيع، ثمَّ رُدَّ عليه بالعيب؛ فإن كان العيبُ ممَّا لا يحدثُ مثلُه؛ كالإصبع الزَّائدة، أو لا يحدثُ مثلُه في هذه المدَّة: يُرَدُّ على الآمر، سواءٌ كان الرَّدُّ على الوكيل بالبيِّنة، أو بالنُّكول، أو بالإقرار، وإن كان العيبُ ممَّا يحدثُ مثلُه: فإن كان الرَّدُّ عليه بالبيِّنة أو بالنُّكول: رُدَّ على الآمر، وإن كان بالإقرار: لا يُرَدُّ على الآمر.

وتأويلُ اشتراطِ البيِّنة، أوِ النُّكول، أوِ الإقرارِ في العيب الذي لا يحدثُ مثلُه: أنَّ القاضيَ ربَّما يعلمُ أنَّ هذا العيبَ لا يحدثُ في مدَّة شهرٍ، لكن يشتبهُ عليه تاريخُ البيع، فيحتاجُ إلى إحدى هذه الحُجج، أو كان العيبُ لا يعرِفُه إلَّا النِّساءُ أو الأطبَّاء، وقولُ المرأةِ والطَّبيبِ حُجَّةٌ في توجُّه الخصومةِ لا في الرَّدِّ؛ فيفتقِرُ إلى هذه الحُجج للرَّدِّ، حتَّى لو عاينَ القاضي البيعَ والعيبَ ظاهرًا: لا يحتاجُ إلى شيءٍ منها.

(فإن باعَ نَساءً[٢]، فقال آمِرُهُ: «أمَرتُكَ بنَقدٍ»، وقالَ الوَكيلُ: «أطلَقتَ»: صُدِّقَ الآمِرُ، وفي المُضارَبَةِ: المُضارِبُ)؛ لأنَّ الأمرَ يُستفادُ مِنَ الآمر، فالقولُ له.

وأمَّا المضارَبةُ: فالظَّاهرُ فيها إطلاقٌ[١]، فالقولُ للمضارِب.

---

[١] قولُه: (فالظَّاهرُ منها الإطلاقُ) يعني: أنَّ الأصلَ في الوكالة الخصوصُ[٣]،

---

(١) «يحدث»: سقط من (ش١).

(٢) أي: إن باع الوكيل بالبيع نساءً إلى أجلٍ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٦٢).

(٣) ولهذا لو قال: «جعلتك وكيلًا في مالي»: يصير حافظًا لماله فقط (مِنهُ).

(ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُ أَحَدِ الوَكيلَينِ [١] وَحدَهُ فيما وُكِّلا بهِ إلَّا في خُصومَةٍ، ورَدِّ وَديعَةٍ [٢]، وقَضاءِ دَينٍ، وطَلاقٍ وعِتقٍ .....

ذخيرة العقبى

وفي المضاربة العمومُ(١)، كما صرَّحَ به في «الهداية»(٢).

[١] قولُه: (ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُ أَحَدِ الوكيلَينِ) يعني: إذا وكَّلَهما بكلامٍ واحدٍ: لا يجوزُ تصرُّفُ أحدِهما، سواءٌ كانا ممَّن يلزمُهما الأحكام، أو أحدُهما صبيٌّ أو عبدٌ محجورٌ، وأمَّا إذا كانت بكلامَين: لكلِّ واحدٍ منهما أن ينفردَ بالتَّصرُّف؛ لأنَّه رضيَ برأي كلِّ واحدٍ منهما على الانفراد، حيثُ وكَّلَهما متعاقبًا(٣).

[٢] قولُه: (ورَدِّ وديعَةٍ) أمَّا لو كانتِ الوكالةُ بقبضها، فقبضَ أحدُهما بغير إذنِ صاحبِه: ضمِن؛ لأنَّه شرطَ اجتماعَهما على القبض، وهو ممكنٌ، وللموكِّل فيه فائدةٌ؛ لأنَّ حفظَ اثنَينِ أنفع، فإذا قبضَ أحدُهما: كان قابضًا بغير إذنِ المالك، فيضمنُ الكلَّ؛ لأنَّه مأمورٌ بقبض النِّصفِ إذا كان معَ صاحبِه، وأمَّا(٤) منفردًا: فغيرُ مأمورٍ بقبض شيءٍ منه.

---

(١) ولهذا لو قال: «جعلتك مضاربًا»: صار مضاربًا في جميع الأنواع، كذا في شروح «الهداية» (مِنهُ). يُنظَر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٢)، و«البناية»: (١٠/ ١٠٤).

(٢) «الهداية»: (٣/ ٢١٢).

(٣) واعلم أنَّهم اعتبروا في جواز وكالة الوكيل أمورًا ثلاثةً:
الأوَّل: كونها في تصرُّفٍ لا يمنع الاجتماع.
الثَّاني: كونها فيما يُحتاج فيه إلى الرَّأي.
والثَّالث: كونها بكلام واحدٍ.
وقد ذكر المصنِّف الأوَّلَ بقوله: «إلَّا في الخصومة»، والثَّاني بقوله: «وبردِّ وديعةٍ» إلى قوله: «ولم يعوض»، ولم يذكر الثَّالث، فذكرناه بقولنا: «يعني: إذا وكَّلها»، انتهى نقلًا من شروح «الهداية» (مِنهُ). يُنظَر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٩٥)، و«الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٨٩)، و«معراج الدِّراية»: (٦/ ٧٠٨).

(٤) في (ح١) زيادة: «وأمَّا إذا كان».

لم يُعَوَّضا(١)[١]) أمَّا في الخصومة؛ فلأنَّ الاجتماعَ يُفضي إلى الشَّغْب[٢]، وفي الأمور الأُخَرِ لا يحتاجُ إلى الرَّأي.

(ولا تَوكيلُ وَكيلٍ(٢) إلَّا بإذنِ آمِرِهِ(٣) أو بقَولِهِ(٤): «اعمَل برَأيِكَ»، فإن وَكَّلَ بإذنٍ(٥): كانَ الثَّاني وَكيلَ الموَكِّلِ الأوَّلِ لا الثَّاني(٦)، ولا(٧) يَنعَزِلُ بعَزلِهِ أو بمَوتِهِ(٨)، ويَنعَزِلانِ بمَوتِ الأوَّلِ(٩)).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لم يُعَوَّضا) وإنَّما قيَّدَهما بعدم العِوض؛ لأنَّهما إذا كانا بعوضٍ يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي: فلا يجوزُ انفرادُ أحدِهما، كذا في «الحقائق».

[٢] قولُه: (إلى الشَّغْبِ) وهو - بفتح الشِّينِ وسكونِ الغينِ المعجَمة -: تحريكُ الشَّرِّ، ولا يُقال: شَغَبٌ بالتَّحريك، كذا في «الصِّحاح»(١٠)، والمعنى: أنَّ الأَولى في الخصومة أن لا يجتمعَ فيها الوكيلان؛ لئلَّا يؤدِّيَ إلى النِّزاع الذي هو مانعٌ عن إظهار الحقِّ القويم، ورافعٌ لمهابة مجلسِ الشَّرعِ الفخيم، كذا في «تاج الشَّريعة»(١١).

(١) أي: إذا وكَّل رجلٌ وكيلين، فلا يجوز تصرُّف أحدهما فقط فيما وكِّلا به. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٦٣).
(٢) أي: لا يصحُّ للوكيل أن يوكِّل غيره فيما وكِّل به.
(٣) أي: أن يأذن له الموكِّل.
(٤) أي: أو يقول له الموكِّل: «اعمل برأيك».
(٥) أي: وكَّل الوكيل غيره بإذن الموكِّل.
(٦) أي: لا يكون الوكيل الثَّاني، وكيل الوكيل، بل يكون وكيلًا للآمر فقط.
(٧) في أغلب نُسخ الشَّرح: «فلا».
(٨) أي: لا ينعزل الوكيل الثَّاني بعزل الوكيل الأول أو بموته.
(٩) أي: الوكيل الأول.
(١٠) «الصِّحاح»: (شغب).
(١١) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ٦٤) مخطوط.

وإن وَكَّلَ بلا إذنِهِ(١)، فعَقَدَ الثَّاني عندَ الأوَّلِ(٢)، أو بغَيبَتِهِ(٣) وأجازَ هو(٤)، أو كانَ قَدَّرَ الثَّمَنَ(٥): صَحَّ)۞.

(ولا يَصِحُّ بَيعُ عَبدٍ أو مُكاتَبٍ أو ذِمِّيٍّ مالَ صَغيرِهِ المُسلِمِ وشِراؤُهُ) أي: الشِّراءُ بمالِه[١].

فالحاصل[٢]: أنَّ العبدَ والمكاتبَ لا ولايةَ لهما في مال ولدِه الصَّغير، والكافرَ لا ولايةَ له في مال صغيرِه المسلم، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

---

[١] قولُه: (أي: الشِّراءُ بمالِه) إنَّما احتاجَ إلى هذا التَّفسير؛ لئلَّا يُتوهَّمَ نفيُ صحَّةِ شراءِ كلٍّ منهم بماله شيئًا، إمَّا أصلًا، أو لصغيره، ولا ريبةَ لأحدٍ في صحَّته، كذا فُهِمَ منَ «العناية»(٦).

[٢] قولُه: (فالحاصلُ... إلخ) إشارةٌ إلى دفع توهُّمِ التَّخصيصِ بالبيع والشِّراء؛ بلِ الحالُ في تزويج كلِّ واحدٍ منهم صغيرتَه المسلمةَ وسائرِ تصرُّفاتِهم في صغارِهِمُ المسلمينَ والمسلمات، كذلك يُفصِحُ عنه قولُ صاحبِ «الهداية»(٧): ((معناه: التَّصرُّفُ في مالها)) بعد بيان عدمِ تجويزِ تصرُّفِهم في خصوص تزويجِ الابنةِ الصَّغيرةِ الحرَّةِ المسلمة، والبيعِ والشِّراءِ لها۞.

---

(١) أي: وكَّل بغير إذن موكِّله. في (م٢): «بلا إذن».
(٢) أي: بحضرة الوكيل الأوَّل. (٣) أي: أو بغيبة الوكيل الأوَّل، فبلغه خبره.
(٤) أي: أجاز الوكيل الأوَّل تصرُّف الثَّاني.
(٥) أي: قدر الوكيل الأوَّل الثَّمن للثَّاني، فعقد بغيبته. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٩٩-٣٠٠).
(٦) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٠٤). (٧) «الهداية»: (٣/ ١٤٨).
۞ هكذا جاءت هذه الزِّيادة في نُسخ المتن والشَّرح المعتمدة في التَّحقيق؛ إلا أنَّ أخي چَلبي قال في مِنهُوَّتِه: واعلم أنَّه قد وقع في أكثر نسخ المتن ههنا: ((ولا توكيل الوكيل إلاَّ بإذن آمره، أو بقوله له: =

بابُ الوكالة بالخُصومة والقبض

(للوَكيلِ بالخُصومَةِ القَبضُ عندَ الثَّلاثَةِ) أي: عند أبي حنيفة وأبي يوسُف ومحمَّدٍ، خلافًا لزفرَ (كالوَكيلِ بالتَّقاضي[١] في ظاهِرِ الجَوابِ، ويُفتى بعَدَمِ قَبضِهِما الآنَ)؛ لأنَّ الوكيلَ يملكُ القبضَ في ظاهر المذهب، لكنَّ الفتوى في هذا الزَّمانِ على أنَّ الوكيلَ بالخصومة والوكيلَ بالتَّقاضي لا يملكانِ القبضَ؛ لظهور الخيانةِ في الوكلاء[٢].

(وللوَكيلِ بقَبضِ الدَّينِ الخُصومَةُ) هذا عند أبي حنيفة[٣][١].

بابُ الوكالة بالخُصومة والقبض

[١] قولُه: (هذا عند أبي حنيفة) بناءً على أنَّ في قبض الدَّينِ التَّملُّكَ، فإنَّ الدُّيونَ إنَّما تُقضى بأمثالها؛ إذْ قبضُ نفسِ الدَّينِ غيرُ مُتصوَّرٍ؛ لكونه وصفًا ثابتًا في ذمَّة مَن عليه[٤]، بخلاف الوكيلِ بقبض العين، فإنَّه لا يكونُ وكيلًا بالخصومة بالاتِّفاق؛ لأنَّه أمينٌ محضٌ، حيثُ لا مبادلةَ هناك؛ لكونه يقبِضُ عينَ حقِّ الموكِّلِ من كلِّ وجهٍ،

= «اعمل برأيك»، فإن وكَّل بإذنه: كان الثَّاني وكيل الموكِّل الأوَّل لا الثَّاني، ولا ينعزل بعزله أو بموته، وينعزلان بموت الأوَّل، وإن وكَّل بلا إذنه، فعقد الثَّاني عند الأوَّل، أو بغَيبته وأجاز هو، أو كان قدَّر الثَّمن: صَحَّ)) أورده ابن ملَكٍ في «شرحه»: (٣/ ٢٩٩). اقتداءً بصاحب «الهداية»: (٣/ ١٤٨)، وعندي أنَّ هذه من المسائل التي أجملها في نسخته الأخيرة مستغنيًا بذكرها في كتاب القضاء حيث قال: «ولا يستخلِفُ قاضٍ ولا يوكِّل وكيلٌ» (مِنهُ).

(١) أي: كما أنَّ للوكيل بالخصومة القبض، كذلك للوكيل بالتَّقاضي القبض، والمراد بالتَّقاضي: هو طلب الدَّين من المديون. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٦٧).

(٢) أي: الفتوى على قول زفر.

(٣) أي: له الخصومة قبل القبض. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٦٨).

(٤) زاد في (ح٥): «الدَّين».

وعندهما: لا يملكُ الخصومة.

(لا للذي بقَبضِ العَينِ[١]، فلو قامَ حُجَّةُ ذي اليَدِ على وَكيلٍ بقَبضِ عَبدٍ أنَّ موكِّلَهُ باعَهُ منهُ: يَقصَرُ يَدُهُ، ولا يَثبُتُ البَيعُ، فيُقامُ[٢] ثانيًا على البَيعِ إذا حَضَرَ[٣] الغائبُ) أدخلَ فاءَ التَّعقيبِ في قوله: «فلو قامَ»؛ لأنَّ هذه المسألةَ من فروع أنَّ الوكيلَ بقبض العينِ هل هو وكيلٌ بالخصومة أم لا؟ ففي هذه المسألةِ قياسٌ واستحسانٌ:

فإنَّ القياسَ: أنَّ العبدَ يُدفَعُ إلى الوكيل، ولا يُقبَلُ[٤] بيِّنتُه أنَّ الموكِّلَ باع من صاحب اليد؛ لأنَّ البيِّنةَ قامت على غير خصمٍ.

وفي الاستحسان[٥]: يَقصَرُ يدَ الوكيلِ من غير أن يثبتَ البيعُ في حقِّ الموكِّل؛ لأنَّه خصمٌ في قصر اليد وإن لم يكن خصمًا في إثبات البيعِ على الموكِّل.

فأشبهَ الرَّسول، وعندهما: لا فرقَ بينَ الدَّينِ والعينِ في عدم كونِه خصمًا، فلا تُقبَلُ بيِّنةُ الخصم[٦].

---

(١) أي: لا يكون الوكيل بقبض العين وكيلًا بالخصومة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٠٢).

(٢) في (ش٢) و(ش٤): «فتقام».

(٣) في (ش٣) زيادة: «الخصم».

(٤) «ولا يقبل» في (ش٤): «ولا تقبل».

(٥) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) زيادة: «أن».

(٦) قوله: «فلا تُقبَل بيِّنة الخصم»، وهو رواية الحسَن عن الأعظم؛ لأنَّه وكيلٌ بالقبض، والخصومة ليست بقبضٍ، فلا يكون وكيلًا بها، ولأنَّ الوكيل بالقبض مؤتمَنٌ على المال، وليس كلُّ مَن يؤتمَن على المال يهتدي إلى الخصومات، فلم يكن الرِّضا به رضًا بها، كذا في «العناية»: (٨/ ١٠٩) (مِنهُ).

(كما يَقصَرُ يَدُ الوَكيلِ نَقلَ المَرأةِ والعَبدِ بلا طَلاقٍ وعِتقٍ، لو قامَت حُجَّتُهُما عليهِ حتَّى يَحضُرَ الغائبُ) أي: إذا جاء رجلٌ وقال: «أنا وكيلُ زيدٍ الغائبِ بنقل امرأتِه أو عبدِه إلى موضع كذا»، فأقامتِ المرأةُ البيِّنةَ على أنَّ موكِّلَه طلَّقَها، والعبدُ على أنَّه أعتقَه: يَقصَرُ يدَ الوكيلِ من غير أن يثبُتَ الطَّلاقُ أوِ العتق، بل إذا حضرَ الغائبُ: يجبُ إعادةُ إقامةِ البيِّنة.

فقولُه: «حتَّى يحضُرَ الغائبُ» يتعلَّقُ بقوله: «بلا طلاقٍ وعتقٍ» أي: لا يقعُ الطَّلاقُ والعتقُ حتَّى يحضُرَ الغائب؛ فإنَّه إذا حضر: يقعُ إن أُعيدَتِ البيِّنة، فإعادةُ البيِّنةِ قد سبقَت في المسألة الأولى، وقد جعلَ حكمَ هذه المسألةِ كالحكم الأوَّل، فيُفهِمُ إعادةَ البيِّنة.

(وصَحَّ إقرارُ الوَكيلِ[١] بالخُصومَةِ عندَ القاضي، وعندَ غيرِهِ: لا[٢]) هذا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وعند أبي يوسُفَ: يجوزُ وإن كان عند غير القاضي.

---

[١] قولُه: (وصَحَّ إقرارُ الوَكيلِ) أي: على موكِّله، بأن كان وكيلَ المدَّعي، فأقرَّ بأنَّ موكِّلَه قبضَ هذا المال، أو كان وكيلَ المدَّعى عليه، فأقرَّ بوجوبه عليه(١).

[٢] قولُه: (وعندَ غيرِه: لا) إلَّا أنَّه إذا أُقيمَتِ البيِّنةُ على إقراره: عنده: يخرجُ به عنِ الوكالة، حتَّى لا يجوزُ دفعُ المالِ إليه؛ لأنَّه صارَ مناقضًا، فلوِ ادَّعى بعد ذلك الوكالة، وأقامَ على ذلك بيِّنةً: لم تُسمَعْ بيِّنتُه.

---

(١) كذا في «الكفاية»: (٧/ ١٠٥) (منه).

وعند زفرَ وكذا عند(١) الشَّافعيِّ(٢): لا يجوزُ أصلًا؛ لأنَّه مأمورٌ بالخصومة[١]، لا بالإقرار.

ولنا: أنَّ الخصومةَ يُرادُ بها الجواب، فيتضمَّنُ الإقرار.

(كتوكيلِ رَبِّ المالِ كَفيلَهُ بقَبضِ ما لَهُ(٣) على المَكفولِ عنهُ) أي: كما لا يصحُّ توكيلُ ربِّ المالِ الكفيلَ بقبض المكفولِ به عنِ المكفول عنه؛ لأنَّ الوكيلَ مَن يعملُ لغيره، وهنا يعملُ لنفسه[٢].

(ومُصَدِّقُ التَّوكيل(٤) بقَبضِ [دَينٍ](٥): إن كانَ غَريمًا: أُمِرَ بدَفعِ دَينِهِ إلى الوَكيلِ) أي: ادَّعى رجلٌ أنَّه وكيلُ الغائبِ بقبض دَينه مِنَ الغريم؛ فصدَّقه الغريم: أُمِرَ بتسليم الدَّينِ إلى الوكيل.

(ثُمَّ إن كَذَّبَهُ الغائبُ: دَفَعَ الغَريمُ إليهِ(٦) ثانيًا، ورَجَعَ بهِ(٧) على الوَكيلِ فيما بَقِيَ، وفيما ضاعَ: لا)؛ لأنَّ غرضَه مِن دفعه براءةُ ذمَّتِه، فإذا لم يحصُل غرضُه: ينتقضُ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لأنَّه مأمورٌ بالخصومة) وهي منازعةٌ، والإقرارُ يُضادُّها؛ لأنَّه مسالَمةٌ، والأمرُ بالشَّيء لا يتناولُ ضدَّه.

[٢] قولُه: (يعملُ لنفسِه) حيثُ يعملُ لبراءة ذمَّتِه، فانعدمَ ركنُ الوكالةِ الذي هو العملُ لغيره، فانعدمَ عقدُها بانعدام ركنِه، فلم يكنْ وكيلًا في ذلك أبدًا، حتَّى لو هلكَ المالُ في يده: لا يهلِكُ على الموكِّل.

(١) «كذا عند»: سقط من (ش٣).
(٢) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٣/ ١٨٩).
(٣) «ما»: موصولةٌ، أي: بقبض ما حصل له. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٠٤).
(٤) في (ش٣) و(ش٥): «الوكيل».
(٥) ما بين معكوفين مثبت من (ش٥).
(٦) أي: دفع الدَّين إلى ربِّ الدَّين. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٠٥).
(٧) أي: رجع الغريم بالدَّين. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٠٦).

الدَّفع، أمَّا إذا ضاع: لا يضمنُه؛ لأنَّه اعترفَ أنَّه محقٌّ في القبض[١]، والاستردادُ[٢] أسهلُ مِنَ التَّضمين، فله ولايةُ ذلك، لا ولايةُ هذا (إلَّا إذا كانَ ضَمِنَهُ عندَ(١) دَفعِهِ، أو دَفَعَ إليهِ على ادِّعائهِ غيرَ مُصَدِّقٍ وَكالَتَهُ) بأن قال[٣] الوكيل: «إن حضرَ الغائبُ وأنكرَ التَّوكيل: فإنِّي ضامنٌ لهذا المال» أوِ الغريمُ دفعَه بناءً على دعوى الوكيل من غير أن يُصدِّقَ وكالتَه، ففي هاتينِ الصُّورتَين: إن أنكرَ الغائبُ: فالغريمُ يُضمِّنُ الوكيلَ إن ضاع المال.

---

[١] قولُه: (مُحقٌّ في القبضِ)، والمُحقُّ في القبض لا رجوعَ عليه.

[٢] قولُه: (والاستردادُ) جوابٌ عمَّا يُقال: إنَّ اعترافَ المُحِقِّيَّةِ حاصلٌ فيما بقي، وقد رجعَ به على الوكيل، وتقريرُ الجوابِ ظاهرٌ، قال في «العناية»(٢): ((ولم يذكرِ المصنِّفُ أنَّ الغريمَ إذا أنكرَ الوكالةَ: هل يُستحلَفُ أو لا، قال الخصَّاف(٣): (لا يحلفُ على قولِ أبي حنيفة، ويحلفُ على قولهما)(٤))).

[٣] قولُه: (بأن قال:... إلخ) صريحٌ في أنَّ «ضَمِنَه» - بتخفيف الميمِ(٥) - بمعنى:

---

(١) في (ش٤): «وقت».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٢٨). وقوله: «المصنِّف» أي: الإمام المرغينانيُّ صاحب «الهداية».

(٣) ينظر: «شرح أدب القاضي» للصَّدر الشَّهيد: (٣/ ٤١٤).

(٤) لهما: أنَّه ادَّعى عليه ما لو أقرَّ به: لزمه، فإذا أنكره: يحلف، لكنَّه على العلم؛ لأنَّه على فعل الغير. وله: أنَّ الاستحلاف ينبني على دعوى صحيحةٍ، وما لم تثبت نيابته عن الآمر: لم تصحَّ دعواه، فلا يُستحلَف، كذا في «العناية»: (٨/ ١٢٨) (مِنهُ).

(٥) ويجوز أن يكون بتشديدها بمعنى جعلِ المديونِ الوكيل ضامنًا بأن قال: «اضمن لي ما دفعت إليك عن الطَّالب، حتَّى لو أخذ الطَّالبُ منِّي: أرجع عليك بما دفعته إليك»، وقد صرَّح صاحب «العناية» بهذَينِ الاحتمالين ههنا، والشَّارح اختار الأوَّل منهما حيث قال: «بأن قال الوكيل إن حضر» (مِنهُ). ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٢٧).

(وإن كانَ مودَعًا: لم يؤمَر بدَفعِها إليهِ) أي: إن كان مصدِّقُ التَّوكيلِ مودَعًا: لم يؤمَر بدفعِ الوديعةِ إلى مدَّعي الوكالة؛ لأنَّ تصديقَه إقرارٌ على الغير، بخلاف الدَّين، فإنَّ الدُّيونَ تُقضى بأمثالها، والمثلَ ملكُ المديون.

(ولو قالَ: «تَرَكَها المودِعُ ميراثًا لي»، وصَدَّقَهُ(١): أُمِرَ بالدَّفعِ إليهِ) أي: ادَّعى أنَّ المودِعَ مات، وتركَ الوديعةَ ميراثًا لي، وصدَّقَه المودَع: أُمِرَ بالدَّفع إليه.

(ولوِ ادَّعى الشِّراءَ منهُ: لم يؤمَر(٢)) أي: إنِ ادَّعى أنَّه اشترى مِنَ المودِعِ، وصدَّقَه المودَع: لم يؤمَر بدفع الوديعةِ إلى المدَّعي؛ لأنَّ المدَّعيَ أقرَّ بملك الغير، والغيرُ أهلٌ للملك؛ لأنَّه حيٌّ، فلا يُصدَّقُ في دعوى البيعِ على ذلك الحيِّ، بخلاف مسألةِ الإرث؛ لأنَّهما اتَّفقا على موت المودِعِ، فكان هذا اتِّفاقًا على أنَّه ملكُ الوارث.

(ومَن وُكِّلَ بقَبضِ مالٍ، وادَّعى الغَريمُ قَبضَ دائنِهِ: دَفَعَ إليهِ(٣)، واستُحلِفَ دائنُهُ على قَبضِهِ، لا الوَكيلُ على العِلمِ بقَبضِ الموَكِّلِ الدَّينَ) أي: جاء الوكيلُ بقبض الدَّينِ مِنَ المديون، فادَّعى المديونُ أنَّ الدَّائنَ قد قبضَ دَينَه، ولا بيِّنَةَ له: يؤمَرُ(٤) بالدِّفع إلى الوكيل[١]، فإذا حضرَ الدَّائن، ....

صارَ الوكيلُ ضامنًا للمديون بأن قال: «إنِّي ضامنٌ لك، إن أخذَ الطَّالبُ منك ثانيًا: أردُّ عليك ما قبضتُه منك».

[١] قولُه: (يؤمرُ بالدَّفعِ إلى الوكيلِ)؛ لأنَّ الوكالةَ قد ثبتت بالبيِّنة؛ لأنَّ وضعَ

(١) في (ش٤) زيادة: «المودَع».
(٢) في (ش٥) زيادة قوله: «بدفع الوديعة».
(٣) أي: الوكيل بقبض الدَّين.
(٤) أي: المديون.

وأنكرَ القبض: يُستحلَف[١].

ولا يُستحلَفُ الوكيل بأنَّك لا تعلمُ أنَّ الموكِّلَ قد قبض الدَّين؛ لأنَّ الوكيلَ نائبٌ[٢].

أقول: إنِ ادَّعى المديونُ أنَّك تعلمُ أنَّ الموكِّلَ قد(١) قبض الدَّين، وأنكر الوكيلُ العلمَ: ينبغي أن يُستحلَفَ؛ لأنَّه ادَّعى أمرًا لو أقرَّ به الوكيلُ: يلزمُه، ولم يبقَ له طلبُ الدَّين، فإذا أنكرَه: يُستحلَف.

(ولا يَرُدُّ الوَكيلُ بعَيبٍ قبلَ حَلِفِ المُشتَري لو قالَ البائعُ: «رَضي هو بِهِ») وكَّلَ المشتري رجلًا بردِّ المبيعِ بالعيب، وغابَ المشتري، فأرادَ الوكيلُ الرَّدَّ، فقال البائع: «رضيَ المشتري بالعيب»: فالوكيلُ لا يردُّ بالعيب حتَّى يحلِفَ المشتري أنَّه لم يرضَ بالعيب.

والفرقُ بين هذه المسألةِ ومسألةِ الدَّين: أنَّ التَّدارُكَ ممكنٌ في مسألة الدَّينِ باسترداد ما قبضَه الوكيلُ إذا ظهر الخطأُ عند نكول ربِّ الدَّين(٢)، وههنا غيرُ

المسألةِ كذلك، وقبضُ الدَّائنِ لم يثبتْ بمجرَّد دعوى الغريم، فلا يؤخَّرُ الحقُّ إلى تحليف ربِّ الدَّين.

[١] **قولُه:** (وأنكرَ القبض: يُستحلَف) فإن حلفَ: مضى الأداء، وإن نكلَ: يتبعُ القابضَ فيستردُّ ما قبض.

[٢] **قولُه:** (نائبٌ) والنِّيابةُ لا تجري في الأيمان.

---

(١) «قد»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(ش٥).

(٢) في (ش٤): «المال».

ممكنٍ؛ لأنَّ القضاءَ بفسخ البيعِ يصحُّ وإن ظهرَ الخطأُ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ القضاءَ نافذٌ ظاهرًا وباطنًا عنده، فلا يُستحلَفُ المشتري[١] بعد ذلك.

وأمَّا عندهما: فقد قالوا: يجبُ أن يُرَدَّ بالعيب كما في مسألة الدَّين؛ لأنَّ التَّدارُكَ ممكنٌ عندهما؛ لبطلان القضاء، وقد(١) قيل: الأصحُّ عند أبي يوسُفَ أن يؤخِّرَ الرَّدَّ في الفصلَينِ إلى أن يُستحلَف.

(ومَن دَفَعَ إلى آخرَ عَشَرَةً يُنفِقُها(٢) على أهلِهِ، فأنفَقَ عليهِم عَشَرَةً لهُ(٣): فهيَ بها(٤)[٢]) قيل: هذا استحسانٌ، وفي القياس: يصيرُ متبرِّعًا[٣] بإنفاق ما هو ملكُه.

[١] قولُه: (فلا يُستحلَفُ المشتري)؛ لأنَّه لا يُمكنُ إعادةُ البيعِ بعد فسخ القاضي، فلا يُفيدُ الاشتغالَ للاستحلاف(٥)، كذا في «تاج الشَّريعة»(٦).

[٢] قولُه: (فهيَ بها) أي: تكونُ العشَرةُ التي أنفقها من ماله بمقابلة العشَرةِ التي أخذَها منَ الموكِّل، ولا يكونُ متبرِّعًا فيما أنفق.

[٣] قولُه: (يصيرُ متبرِّعًا) أي: فيما أنفق، فيردُّ الدَّراهمَ المأخوذةَ منَ الموكِّل عليه، وإنِ استهلكَها: ضمِن؛ لأنَّها تتعيَّنُ في الوكالات، حتَّى لو هلكَتْ قبل الإنفاق:

(١) «قد»: سقط من (ش٢).

(٢) في (ش٥): «أن ينفقها»، وفي بعض النسخ: «لينفقها».

(٣) أي: من عنده. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٠٩).

(٤) أي: العشرة التي أنفقها من ماله بمقابلة العشرة التي أخذها من الوكيل «البناية شرح الهداية»: (٩/ ٣٠٣).

(٥) وههنا اعتراضٌ وجوابٌ، فليُنظَر في «الأكمليَّة»: (٨/ ١٣٤) (مِنهُ). حيث قال: ((واعترِضَ بأنَّ الوكيل إذا ردَّها على البائع...)).

(٦) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ٦٦) مخطوط.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الوكيلَ بالإنفاق وكيلٌ بالشِّراء، والحكمُ فيه ما ذكَرنا[١].

ذخيرة العقبى

بطلَتِ الوكالة، فإذا أنفقَ من مال نفسِه: فقد أنفقَ بغير أمرِه، فيكونُ متبرِّعًا(١).

[١] **قولُه**: (ما ذكَرنا) أي: من رجوع الوكيلِ على الموكِّل بما أدَّى منَ الثَّمن، كما مرَّ في باب الوكالةِ بالبيع والشِّراء(٢).

(١) كذا في «العناية»: (٨/ ١٣٦)(مِنهُ).

(٢) كذا في «الأكمليَّة»: (٨/ ١٣٦)(مِنهُ).

بابُ عزلِ الوَكيل

(للمُوَكِّلِ عَزلُ وَكيلِهِ(١)[١]، ووُقِفَ على عِلمِهِ[٢]).

ذخيرة العقبى

بابُ عزلِ الوكيل

[١] **قولُه**: (للمُوَكِّلِ عَزلُ وَكيلِهِ(٢)) واعلمْ أنَّ الوكيلَ إن كان للطَّالب: فعزلُه صحيحٌ، حضرَ المطلوبُ أو لا؛ لأنَّ الطَّالبَ بالعزل يبطلُ حقَّه(٣)، وهو لا يتوقَّفُ على حضور غيرِه، وإن كان للمطلوب: فإن لم يكن بطلبٍ من جهة الطَّالبِ أو مَن يقومُ مقامَه مثلَ القاضي: فكذلك(٤)، فإن كان: فإمَّا إن علمَ الوكيلُ بالوكالة، أو لا، فإن لم يعلمْ: فكذلك؛ لأنَّه لا نفاذَ للوكالة قبل علم الوكيل، فكان العزلُ امتناعًا، وإن علمَ ولم يردَّها: لم يصحَّ في غَيبة الطَّالب؛ لأنَّ بالتَّوكيل ثبت له حقُّ إحضارِه في مجلس الحكم، وإثباتُ الحقِّ عليه، وبالعزل حالَ غَيبتِه يبطلُ ذلك، وصحَّ بحضرتِه؛ لأنَّ الحقَّ لا يبطل؛ لأنَّه إن كان لا يُمكنُه الخصومةُ معَ الوكيل: يُمكنُه معَ الموكِّل، ويُمكنُه طلبُ نصْبِ وكيلٍ آخرَ منه.

[٢] **قولُه**: (ووُقِفَ على عِلمِهِ) أي: توقَّفَ انعزالُ الوكيلِ على علمه، وقد ذكرَ اشتراطَ العددِ أوِ العدالةِ(٥) في المُخبِرِ في فصل القضاءِ بالمواريث(٦).

---

(١) في (ش٤): «الوكيل».

(٢) في (ح٢) و(ح٣) و(ح٤): «الوكيل».

(٣) أي: إبطال حقِّ نفسِه (مِنهُ).

(٤) أي: صحَّ عزله وإن لم يحضر إبطاله (مِنهُ).

(٥) «أو العدالة»: في (ح٢) و(ح٣) و(ح٥): «والعدالة»، والمثبت موافقٌ للمصادر.

(٦) في كتاب أدب القاضي، فلا حاجة إلى الإعادة (مِنهُ). ينظر: (٤/ ٣٦٢).

[ما يُبْطلُ الوَكالة]

* (وتَبطُلُ الوَكالَةُ:

١- بمَوتِ أَحَدِهما[١].

٢- وجُنونِهِ[٢] مُطبِقًا) **الجنونُ المُطبِق**: شهرٌ[٣] عند أبي يوسُف، وعنه(١): أنَّه أكثرُ من يومٍ وليلةٍ.

وعند محمَّدٍ: حولٌ، فقُدِّرَ به احتياطًا.

---

[١] **قولُه**: (بمَوتِ أَحَدِهما) قيل: إنَّ التَّعرُّضَ بموت الوكيلِ(٢) ممَّا لا طائلَ تحته؛ لأنَّ بطلانَ الوكالةِ به ممَّا لا يشتبهُ على عاقلٍ، فذكرُه في جميع المعتبَراتِ يحتاجُ إلى توجيهٍ وجيهٍ؛ مثلَ دفعِ توهُّمِ جرَيانِ الإرثِ فيها، فليُتأمَّلْ.

[٢] **قولُه**: (وجُنونِه) أي: جنونِ أحدِهما.

[٣] **قولُه**: (الجنونُ المُطبِق: شهرٌ) وهو - بكسر الباء -: الدَّائمُ منه، من قولِهم: أطبقَ الغيمُ السَّماء؛ إذا استوعبَها، وشرَطَ الإطباقَ فيه؛ لأنَّ قليلَه بمنزلة الإغماء، فلا تبطلُ به الوكالة، وإنَّما حدَّه أبو يوسفَ بالشَّهر(٣)، وروى ذلك أبو بكرٍ الرَّازيُّ عن أبي حنيفة؛ اعتبارًا بما سقطَ به الصَّوم.

---

(١) أي: وعند أبي يوسف روايةٌ أخرى.

(٢) في (ح٣): «الكفيل».

(٣) واعتُبِرَ في روايةٍ عن أبي يوسف أكثرُ من يومٍ وليلةٍ؛ لأنَّه تسقط به الصَّلوات الخمس، فصار كالميِّت، وهو روايةٌ عن محمَّدٍ، وهو قوله الحادث المختار، وإنَّما اختار الحول الكامل؛ لأنَّه تسقط به جميعُ العبادات؛ كالصَّوم والصَّلاة والزَّكاة، وأمَّا دونَ الحول: فلا يمنع وجوبَ الزَّكاة، فلا يكون في معنى الموت، كذا في «الكفاية»: (٧/ ١٣٤) (مِنهُ).

٣- (ولَحاقِهِ بدارِ الحَربِ[١] مُرتَدًّا.

٤- وكذا بعَجزِ موَكِّلِهِ مُكاتبًا(١).

٥- وحَجرِهِ مَأذونًا(٢).

٦- وافتِراقِ الشَّريكَينِ) أي: أحدُ الشَّريكينِ[٢] وكَّلَ ثالثًا في التَّصرُّف في مال

ذخيرة العقبى

[١] قولُه(٣): (ولَحاقِهِ بدارِ الحَربِ) قيل: قد مرَّ في كتاب السِّيَر في باب أحكامِ المرتدِّينَ(٤) أنَّ تصرُّفاتِ المرتدِّ إنَّما تبطلُ؛ لكونه معدودًا منَ الأموات حكمًا، وهذا لا يكونُ إلَّا بالحكم باللَّحاق، لا باللَّحاق فقط كما صرَّح في «الهداية» هناك، وقد اكتفى ههنا بمجرَّد الأعظم كما في «الهداية» حيثُ قال(٥): ((وإن قُتِلَ أو لحقَ بدار الحرب: بطلَتِ الوكالة)).

[٢] قولُه: (أي: أحد الشَّريكَينِ... إلخ) إنَّما خصَّ التَّصويرَ بالأحد؛ إشارةً إلى أنَّه لا ينعزلُ فيما إذا وكَّلَ الشَّريكانِ معًا صريحًا، كما صرَّحَ به صاحبُ «الكفاية» بعد تفسير التَّثنيةِ بالواحد، حيثُ قال(٦): ((يعني به: أنَّه تبطلُ الوكالةُ في حقِّ الشَّريكِ

(١) أي: تبطل وكالة الوكيل بعجز موكِّله حال كونه مكاتبًا بأن وكَّل مكاتبٌ وكيلًا، ثمَّ عجز. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٨٤).

(٢) أي: وكذا تبطل وكالة الوكيل بحجره على موكِّله حال كونه مأذونًا، بأن وكَّل وكيلًا، ثمَّ حجر على ذلك المأذون وليُّه. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٨٥).

(٣) سقطت هذه المقولة من (ح٣) و(ح٥).

(٤) أي في كتاب «الهداية»: (٢/ ٤٠٨) في كون تصرُّف المرتدِّ موقوفًا أو نافذًا، عند قوله: «وما باعه أو اشتراه أو وهبه أو تصرَّف فيه، من أمواله في حال ردتِّه فهو موقوفٌ».

(٥) «الهداية»: (٣/ ١٥٢).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ١٣٦).

الشَّركة، فافترقا: تبطلُ الوكالةُ (وإنْ لم يَعلَمْ بهِ وَكيلُهُم[١]) أي: وكيلُ المكاتَبِ والمأذونِ وأحدِ الشَّريكَين.

٧- (وبتَصَرُّفِ موكِّلٍ(١) فيما وَكَّلَ بهِ(٢)) سواءٌ لم يبقَ محلًّا للتَّصرُّف، كما إذا وكَّلَه بالإعتاق فأعتق، أو بقيَ محلًّا، كما لو وكَّلَه بنكاح امرأةٍ، فنكحَها الموكِّل، ثمَّ أبانَها: لم يكن للوكيل أن يُزوِّجَها للمُوكِلِ.

الآخرِ الذي لم يوجَدْ منه التَّوكيلُ صريحًا، وإنَّما صارَ وكيلًا عنه: بالشَّركة، فلمَّا افترقا: لم يبقَ وكيلًا عنه، إنَّما يقعُ وكيلًا في حقِّ الآخر الذي وكَّلَه صريحًا، وينبغي أن لا ينعزلَ فيما إذا وكَّلَ الشَّريكانِ صريحًا بافتراقهما))(٣).

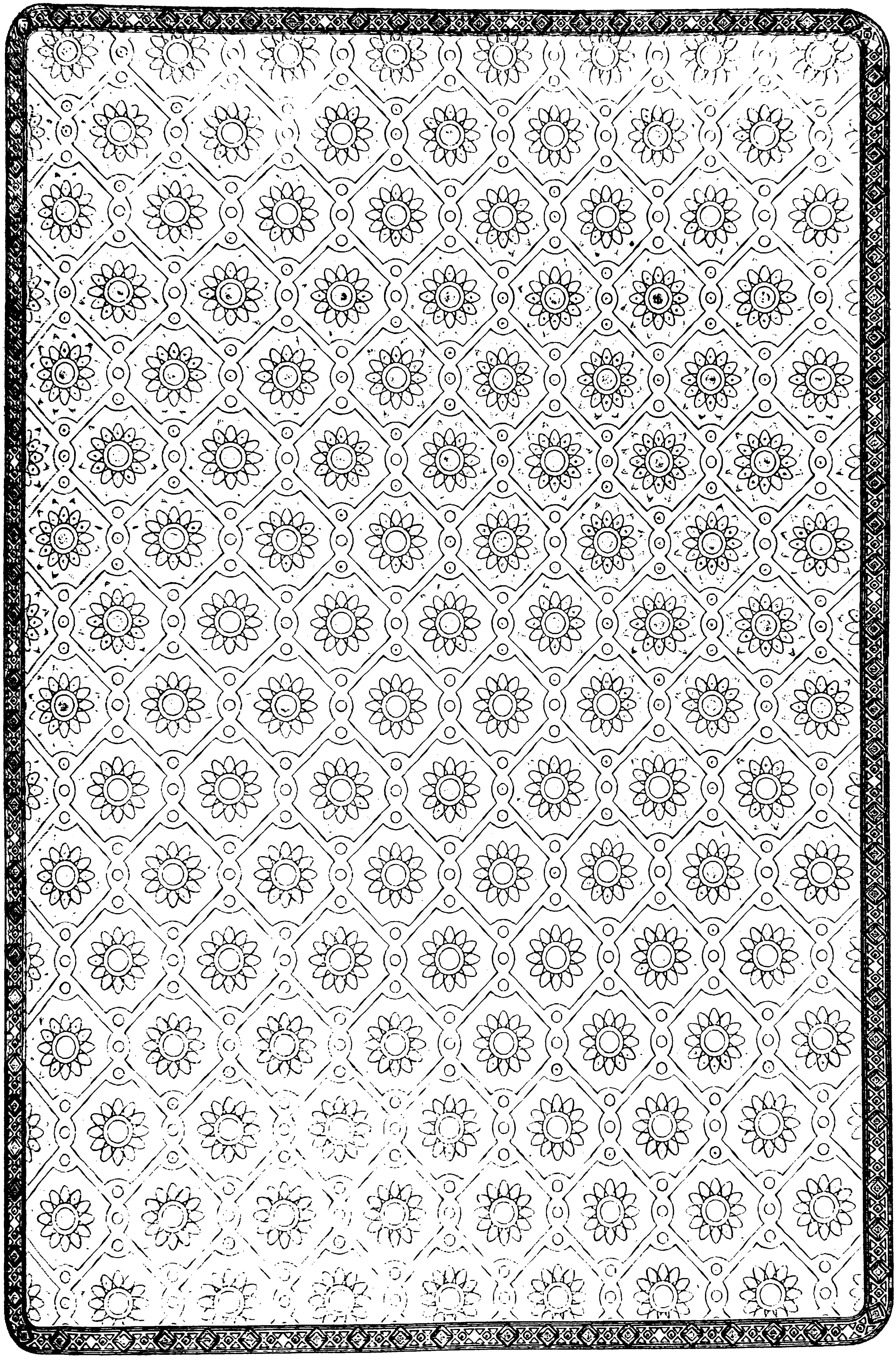
[١] قولُه: (ولم يَعلَمْ بهِ وَكيلُهُم)؛ لأنَّ هذا عزلٌ حكميٌّ، والعلمُ شرطُ القصديِّ لا الحكميِّ، كذا في المطوَّلات.

---

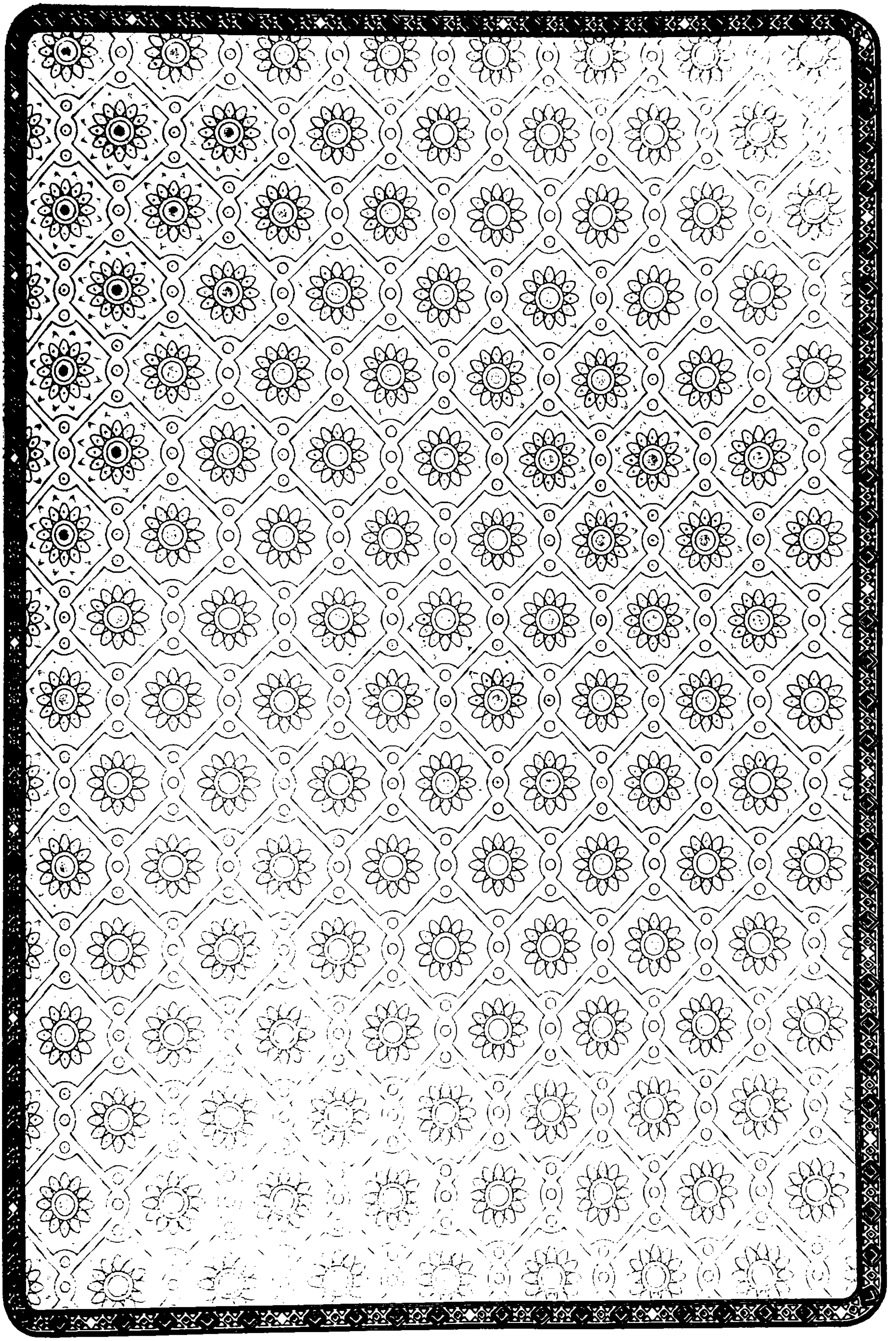
(١) في (م١) و(م٢): «الموكِّل».

(٢) أي: إذا وكَّل آخر بشيءٍ، ثمَّ تصرَّف فيما وكَّل به بنفسه: بطلت الوكالة؛ لأنَّه لمَّا فعل ذلك الفعل لم يبق محلًّا له. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢١٢).

(٣) والدَّليل عليه: أنَّ أحد المتفاوِضَينِ إذا أمر رجلًا بأن يشتري له عبدًا بألف درهمٍ، ولم يدفع إليه الثَّمن: صحَّت الوكالة، وصار هذا الرَّجل وكيلاً عنهما، فلو تناقض الشَّريكان المفاوضة، وفاوض كلُّ واحدٍ منهما رجلًا على حدَةٍ، ثمَّ اشترى الوكيل بعد ذلك عبدًا وهو يعلم بنقض المفاوضة أو لا يعلم: جاز شراء الوكيل، والعبد لازمٌ للآمر خاصَّةً دون شريكه الأوَّل والثَّاني، انتهى كلام صاحب «الكفاية»: (٧/ ١٣٦) (مِنهُ).



كتاب الدعوى



كتاب الدعوى

(هي إخبارٌ بحَقٍّ لهُ على غيرِهِ).

(**المُدَّعي**(1): مَن لا يُجبرُ على الخُصومَةِ، **والمُدَّعى عليهِ**: مَن يُجبرُ) لمَّا فسَّرَ الدَّعوى: كان المدَّعي على هذا التَّفسيرِ هو المخبِرُ بحقٍّ له على غيره.

فقولُه: «المدَّعي: مَن لا يُجبرُ على الخصومة» تفسيرٌ آخر، ذكرَه بعض المشايخ.

وقد قيل: **المدَّعي**: مَن يلتمسُ خلافَ الظَّاهر، وهو الأمرُ الحادث، **والمدَّعى عليه**: مَن يتمسَّكُ بالظَّاهر؛ كالعدم الأصليِّ، لكنَّ الاعتبارَ في هذا للمعنى، حتى

كتاب الدعوى(2)(3)

(1) في (م1) و(م2): «والمُدَّعي».

(2) كُتِبَ على هامش (ح5): كتاب الدَّعوى: لمَّا كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدَّعوى: ذكر الدَّعوى عَقيبَ الوكالة، هي واحدة الدَّعاوى بفتح الواو وكسرها، وبعضهم قال: الفتح أَولى، وبعضهم قال: الكسر أولى، ومنهم مَن سوَّى بينهما، وفي «الكافي»: (7/ 419): ((يُقال: ادَّعي زيدٌ على عمرٍو مالًا، فزيدٌ المدَّعي، وعمرٌو المدَّعى عليه، والمال المدَّعى، والمدَّعى به خطأٌ، والمصدر: الادِّعاء، افتعالٌ من: دعا، والدَّعوى -على وزن فَعْلى- اسمٌ منه، وألفها للتَّأنيث، فلا تُنوَّن، يُقال: دعوى باطلةٌ أو صحيحةٌ، وجمعها: دعاوى بفتح الواو لا غير؛ كفتوى وفتاوى، والدَّعوى في الحرب: أن يقول النَّاس: «يا لفلانٍ»))، انتهى، ثمَّ اعلم أنَّها مشروعةٌ بالكتاب والسُّنَّة وإجماع الأمَّة «مجمع الأنهر»: (2/ 249).

(3) وكُتِبَ على هامش (ح4): الدَّعوى مؤنَّثةٌ، وهي فُعلى من الدُّعاء، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخِرُ دَعْوَىٰهُمْ﴾ [يونس: 10]، وهي إضافة عينٍ عند غيره إلى نفسه، أو دينٍ على غيره لنفسه، أو حقٍّ قِبَلَ إنسانٍ لنفسه، والفعل منه: ادَّعى [يدَّعي ادِّعاءً]، فهو مدَّعٍ، والعين أو الدَّين الذي يدَّعيه: فهو مدَّعًى، ولا يُقال: مدَّعًى فيه أو به، وذلك الرَّجل الآخر: مدَّعًى عليه، وهما متداعيان، كذا في «الطِّلبة»: (د ع و). «شرح وقاية».

أنَّ المودَعَ إذا ادَّعى ردَّ الوديعة: فهو مدَّعٍ في الظَّاهر، لكنَّه في المعنى منكِرٌ للضَّمان.

[شروطُ قَبولِها]

(وهي إنَّما تَصِحُّ بذِكرِ شَيءٍ عُلِمَ جِنسُهُ وقَدرُهُ[1]) هذا في دعوى الدَّين، لا في دعوى العين؛ فإنَّ العينَ إن(١) كانت حاضرةً: يكفي الإشارةُ بأنَّ هذا ملكٌ لي،

ذخيرة العقبى

وهي في اللُّغة: إضافةُ الشَّيءِ إلى نفسه مطلقًا(٢)(٣)، وفي الشَّريعة: ما ذكرَه المصنِّفُ بقوله: «هي إخبارٌ... إلخ»(٤).

[١] **قولُه**: (عُلِمَ جِنسُهُ)؛ كالدَّراهم، والدَّنانير، والحِنطة، (وقَدرُه) مثلُ كذا وكذا درهمًا، أو دينارًا، أو كُرًّا.

---

(١) في (ش٤): «إذا».

(٢) قال مفتي الثَّقلين: (ص٤٩٤): ((وهي إضافة الشَّيء إلى نفسه حالةَ المنازعة)) (مِنهُ). وكلامه هذا في «كنز الدَّقائق».

(٣) كُتِبَ على هامش (ح٥): أي: سواءٌ كانت حال المسالمة أو المنازعة، مأخوذٌ من قولهم: ادَّعى؛ إذا أضاف الشَّيء إلى نفسه بأن قال: «لي»، ومنه: دِعوى الولد، وفي الشَّرع: يُراد به إضافة الشَّيء إلى نفسه حالةَ المنازعة لا غير، كما في «المبسوط»: (١٧/ ٣٠)، وقيل: هي في اللُّغة: قولٌ يقصد به الإنسان إيجابَ حقٍّ على غيره، وفي: الشَّرع ما اختاره المصنِّف. «مجمع الأنهر»: (٢/ ٢٤٩).

(٤) قيل: هذا منقوضٌ بدعوى الوكيل إذا صرَّح فيها بالإضافة إلى من وكَّله، فإنَّها دعوى اتِّفاقًا، وليس فيه إخبارٌ بحقِّ نفسه، وبإخبار زيدٍ في حالة المسالمة بأنَّ له على فلانٍ كذا، فإنَّ التَّعريف صادقٌ عليه مع أنَّه ليس بدعوى قطعًا، ويمكن أن يُجاب عن الأوَّل: بأنَّ المراد من الحقِّ: أعمُّ من أن يكون أصالةً أو نيابةً، ودعوى الوكيل من قبيل الثَّاني، وأمَّا الجواب عن الثَّاني: فهو إنَّما يتأتَّى إذا ضُمَّ إلى التَّعريف قيد حالة المنازعة كما فعله صاحب «التَّبيين»: (٤/ ٢٩٠)، والنَّقضان مذكوران في «الكوسجيَّة»: (ق:٢٤٠)، وما ذكر في حيِّز الجواب فمن نتائج أفكار هذا الحقير (مِنهُ).

وإن كانت غائبةً: يجبُ أن يصفَها ويذكُرَ قيمتَها[١] (وأنَّهُ(١) في يَدِ المُدَّعى عليهِ) هذا يختصُّ بدعوى الأعيان.

(وفي المَنقولِ(٢): يَزيدُ: «بغيرِ حَقٍّ») فإنَّ الشَّيءَ يكونُ في يد غيرِ المالكِ بحقٍّ؛ كالرَّهنِ في يد المرتهِن، والمبيعِ في يد البائعِ لأجل الثَّمن.

أقول: هذه العلَّةُ تشملُ[٢] العقارَ أيضًا، فلا أدري ما وجهُ تخصيصِ المنقولِ بهذا الحكم.

(وفي العَقارِ: لا تَثبُتُ اليَدُ إلَّا بحُجَّةٍ أو عِلمِ القاضي) قال في «الهداية»(٣): ((إنَّـه لا تثبتُ اليدُ في العقار إلَّا بالبيِّنة أو علمِ القاضي، هو الصَّحيح؛ نفيًا لتهمة المواضَعة؛ إذِ العقارُ عساه في يد غيرِهما، بخلاف المنقول؛ فإنَّ اليدَ فيه مشاهَدةٌ)).

---

[١] **قولُه:** (ويذكُرَ قيمتَها) وإنَّما اعتبرَ ذكرَها بعد الوصف؛ لأنَّه ليس بكافٍ؛ لأنَّ العينَ لا تُعرَفُ بالوصف وإن بولِغَ فيه(٤)؛ لإمكان المشاركةِ فيه، فذكرُه في تعريف العينِ غيرُ مفيدٍ، وأمَّا القيمة: فشيءٌ تُعرَفُ به العين، فذكرُها يكونُ مفيدًا.

[٢] **قولُه:** (أقول: هذه العلَّةُ تَشمل... إلخ) وقد أجابَ عنه الأستاذُ(٥) بـ: ((أنَّ في ثبوت اليدِ على العقار شبهةً؛ لكونه غيرَ مشاهَدٍ، بخلاف المنقول، فإنَّه فيه

---

(١) أي: يذكر أنَّ ذلك الشَّيء. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣١٥).

(٢) أي: إذا كان المدَّعى منقولًا يزيد المدَّعي على ما ذكر من الجنس والقدر، وأنَّه في يد المدَّعى عليه. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٩٢).

(٣) «الهداية»: (٣/ ١٥٥).

(٤) لكن بيان الوصف طولًا أو عرضًا ليعرف قيمته (مِنهُ).

(٥) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٣٣٠).

فتهمةُ المواضَعة: أنَّ المدَّعيَ والمدَّعى عليه تواضَعا على أن يقولَ المدَّعى عليه: «إنَّ الدَّارَ في يدي»، والحالُ أنَّها في يد ثالثٍ، فيُقيمُ المدَّعي بيِّنةً، ويحكمُ القاضي بأنَّها ملكُ المدَّعي.

وإنَّما قال في «الهداية»: ((هو الصَّحيح))؛ لأنَّ عند بعضِ المشايخ: يكفي تصديقُ المدَّعى عليه أنَّها في يده، ولا يحتاجُ إلى إقامة البيِّنة.

فإنَّه إن كان في يده، وأقرَّ بذلك: فالمدَّعي يأخذُ منه إن ثبتَ مالكيَّتُه بالبيِّنة، أو بإقرار ذي اليد، أو نكوله، وإن لم يكن في يده: لا يكونُ للمدَّعي ولايةُ الأخذِ من ذي اليدِ وإن أقامَ المدَّعي البيِّنة؛ لأنَّ البيِّنةَ قامت على غير الخصم، فعُلِمَ أنَّه إذا أقرَّ ذو اليدِ باليد: فإنَّ الضَّررَ لا يلحقُ إلَّا بذي اليد، ولا يلحقُ إلى غيره، فتهمةُ المواضَعةِ مدفوعةٌ، على أنَّ تهمةَ المواضَعةِ إن كانت ثابتةً ههنا: ففي صورة إقامةِ البيِّنةِ ثابتةٌ أيضًا، فإنَّ الدَّارَ إذا كانت في يد رجلٍ أمانةً، فتواضعَ المدَّعي وذو اليدِ على أنَّ ذا اليد لا يقول: «إنَّها أمانةٌ في يده» حتَّى يُقيمَ المدَّعي بيِّنةً على أنَّها في يد ذي اليد، ثمَّ يُقيمَ بيِّنةً على أنَّها ملكُ المدَّعي، فيقضيَ القاضي ويأخذَ المدَّعي الدَّار.

فالحاصل: أنَّه إذا ظهر أنَّه في يد ثالثٍ، وذو اليدِ أقرَّ أنَّه في يده: لا يصيرُ الثَّالثُ محكومًا عليه، وكذا إذا ظهر أنَّ يدَ ذي اليدِ يدُ أمانةٍ، لا يدُ خصومةٍ.

مشاهَدٌ، فوجبَ دفعُها في دعوى العقارِ بإثباته بالبيِّنة لتصحَّ الدَّعوى، وبعد ثبوته يكونُ احتمالُ كونِ اليدِ لغير المالكِ شبهةَ الشُّبهة، فلا تُعتبَر، وأمَّا اليدُ في المنقول: فلكونه مشاهَدًا لا يحتاجُ إلى إثباته، لكن فيه شبهةُ كونِ اليدِ لغير المالك، فوجبَ دفعُها؛ لتصحَّ الدَّعوى))، انتهى كلامُه، فليُتأمَّلْ.

(والمُطالَبَةِ بِهِ[١]) عطفٌ على قوله: «وأنَّه في يدِ المُدَّعى عليه»[٢] (وإحضارِهِ إن أمكَنَ؛ ليُشيرَ إليهِ المُدَّعي والشَّاهِدُ والحالِفُ.

وذِكرِ قيمَتِهِ إن تَعذَّرَ، والحُدودِ الأربَعَةِ أوِ الثَّلاثَةِ في العَقارِ، وأسماءِ أصحابِها(١) ونِسبَتِهِم(٢) إلى الجَدِّ) ذِكرُ الحدودِ يُشترَطُ في دعوى الدَّارِ عند أبي حنيفةَ وإن كانت مشهورةً[٣].

وعندهما: لا يُشترَطُ إذا كانت مشهورةً.

---

[١] **قولُه:** (والمُطالَبَةِ بِهِ) يعني: أنَّ الدَّعوى إنَّما تصحُّ بذكر المطالَبةِ بشيءٍ، سواءٌ كانتِ الدَّعوى دَينًا أو عينًا، منقولًا أو عقارًا، كذا في «الهداية»(٣).

[٢] **قولُه:** (عطفٌ على قولِه: «إنَّه في يدِ المُدَّعى عليه») **أقول:** فهو بالحقيقة عطفٌ على «شيءٍ»، وإنَّما اختارَه لقربه، وأمَّا الإحضارُ وذكرُ القيمة: فهما معطوفانِ على المجرور الذي هو الذِّكرُ(٤) بلا إعادة جارِّه، ولا محذورَ فيه، حتَّى إنَّ تراكيبَ البلَغاءِ مشحونةٌ بنظائره؛ لأنَّ عطفَهما على «المُطالبة» أو على الضَّمير المجرورِ في «به» ممَّا لا يخفى فسادُه على أحدٍ.

[٣] **قولُه:** (وإن كانت مشهورةً) يعني: أنَّ الخلافَ بينَ أئمَّتِنا في الدَّار المشهورة؛ لأنَّ غيرَها يجبُ تحديدُها اتِّفاقًا، وجهُ اشتراطِ الأعظمِ فيها أيضًا: أنَّها معَ شهرتِها قد تُزادُ وتُنقَص وتبقى مجهولةً، فلا بدَّ من ذكر حدودِها للتَّعريف، بخلاف المشهورِ من أصحاب الحدود؛ كأبي حنيفةَ مثلًا، فإنَّه شخصٌ معيَّنٌ مشاهَدٌ معلومٌ لكلِّ واحدٍ،

---

(١) أي: أسماء أصحاب الحدود. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣١٧).

(٢) في (م١) و(م٢): «ونسبهم».

(٣) «الهداية»: (٣/ ١٥٤).

(٤) حيث قال: «إنَّما تصحُّ بذكر شيءٍ» (مِنهُ).

ثمَّ ذكرُ الحدودِ الثَّلاثةِ كافٍ عندنا خلافًا لزفر؛ فإنَّه إذا ذكرَ ثلاثةَ حدودٍ كما في هذه الصُّورة: فالحدُّ الرَّابعُ خطٌّ مستقيمٌ[١] آخر.

والنِّسبةُ إلى الجدِّ قولُ أبي حنيفة، وإن كان رجلًا مشهورًا: يُكتفى بذِكرِه، هذا في دعوى الأعيان.

أمَّا في دعوى الدَّين؛ فلا بدَّ من ذكر الجنسِ والقدر، كما مرَّ(١)، وذكرَ في «الذَّخيرة» أنَّه إذا كان وزنيًّا كالذَّهب والفضَّةِ: لا بدَّ أن يذكرَ الصِّفةَ بأنَّه جيِّدٌ أو رديءٌ، وأن يذكرَ نوعَه نحوَ: بخاريُّ الضَّرب، أو نَيسابوريُّ الضَّرب.

(وإذا صَحَّت(٢): سَأَلَ القاضي الخَصمَ عنها(٣)، فإن أقرَّ(٤) أو أنكَرَ، وسَأَلَ المُدَّعيَ البيِّنَةَ(٥)، فإن أقامَ: قَضى عليهِ، وإن لم يُقِم(٦): حَلَّفَهُ إن طَلَبَهُ خَصمُهُ(٧)،

ذخيرة العقبى

وليس فيه توهُّمُ الزِّيادةِ والنُّقصان، ولهذا اعتبرَ الأعظمُ الشُّهرةَ فيه لا في الدَّار، كذا فُهِمَ من تقرير شارحِ «المَجمَع»(٨).

[١] قولُه: (خطٌّ مستقيمٌ) يعني: يُمكنُ أن يُعلَمَ الرَّابعُ بلا ذكرِه لاستقامته(٩)، وأيضًا للأكثر حكمُ الكلِّ، فلا حاجةَ إليه، وأمَّا إذا غلطَ في الحدِّ الرَّابع: فلا تصحُّ

(١) ينظر: (٤/ ٤٩٤).
(٢) أي: الدَّعوى بما ذكرنا.
(٣) أي: عن الدَّعوى حتَّى ينكشف وجه الحكم.
(٤) في (م١) و(م٢) زيادة: «حَكَمَ».
(٥) في (م١) و(م٢): «بيِّنة».
(٦) أي: إن عجز المدَّعي عن إقامة البيِّنة.
(٧) أي: حلَّف القاضي المدَّعى عليه إن طلب المدَّعي يمين خصمه؛ لأنَّ اليمين حقُّ المدَّعي، فلا بدَّ من طلبه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣١٨).
(٨) حيث اكتفى بشهرته لا شهرتها (مِنهُ). يُنظَر: «شرح المَجمَع» لابن المَلك: (ص ٦٨٣).
(٩) في (ح٢) زيادة: «الحدود بين الدَّعوى».

فإن نكَلَ مَرَّةً) أي: قال: «لا أحلفُ» (أو سَكَتَ بلا آفَةٍ[١]، وقَضى بالنُّكولِ: صَحَّ، وعَرضُ اليَمينِ ثَلاثًا، ثُمَّ القَضاءُ: أحوَطُ.

(ولا يَرُدُّ(١) اليَمينَ على المُدَّعي(٢) وإن نكَلَ خَصمُهُ) فيه خلافُ الشَّافعيِّ، فإنَّ عنده: إذا نكلَ الخصمُ: يردُّ اليمينَ على المدَّعي(٣).

وعندنا: هذا بدعةٌ، وأوَّلُ مَن قضى به معاوية، وهو مخالِفٌ للحديث المشهور(٤)[٢].

دعواه؛ لأنَّه يختلفُ به المدَّعى، ولا فرقَ في الاحتياج إلى بيان الحدودِ بينَ الدَّعوى والشَّهادة.

[١] قولُه: (بلا آفَةٍ) أي: صممٍ أو خرَسٍ.

[٢] قولُه: (للحديثِ المشهور) ولقد أحسنَ الشَّارحُ حيثُ عدَّه من قبيل المشهور، وقد أوردَه الفاضلُ التَّفتازانيُّ في بعض مؤلَّفاتِه(٥) مثالًا للمتواتِر، فطعنَ فيه بعضُ المتأخِّرينَ(٦) بأنَّ هذا مجرَّدُ فرضٍ للتَّمثيل، وإلَّا: فهذا الحديثُ مشهورٌ لا متواتِرٌ، وظنِّي أنَّ مسندَه ليس إلَّا توصيفَ الشَّارحِ الحديثَ بالمشهور.

(١) في (م١) و(م٢): «تردُّ».

(٢) في بعض النُّسخ الشَّرح، و(م٢): «على مدعٍ».

(٣) ينظر: «أسنى المطالب»: (٤/ ١٠٤).

(٤) وهو ما أخرجه البيهقيُّ في «السُّنن الكبرى»: (٢١٢٠١) من حديث عبد الله بن عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنَّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لو يعطى النَّاس بدعواهم لادَّعى رجالٌ أموال قومٍ ودماءهم، ولكنَّ البيِّنة على المدَّعي، واليمين على من أنكر».

(٥) ينظر: «شرح المقاصد»: (١/ ٧٥).

(٦) مولانا خيالي (مِنهُ).

[ما لا يُحلَفُ فيه]

(ولا يُحَلَّفُ[1] في نِكاحٍ، ورَجعَةٍ، وفَيءٍ في[2] إيلاءٍ، واستيلادٍ، ورِقٍّ، ونَسَبٍ، ووَلاءٍ).

اعلم أنَّ في هذه الصُّورِ: لا يُستحلَفُ عند أبي حنيفة.

وعندهما: يُستحلَف.

وصورتُها: ادَّعى الرَّجلُ النِّكاح، وأنكرتِ المرأة، أو بالعكس.

أوِ ادَّعى الرَّجلُ بعدَ الطَّلاق وانقضاءِ العِدَّةِ الرَّجعةَ في العِدَّة، وأنكرتِ المرأة، أو بالعكس.

أوِ ادَّعى الرَّجلُ بعدَ انقضاء مدَّةِ الإيلاءِ الفيءَ في المدَّة، وأنكرَتِ المرأة، أو بالعكس.

أوِ ادَّعى رجلٌ على مجهول النَّسبِ أنَّه عبدُه، وأنكرَ المجهول، أو بالعكس، واختصَما في ولاء العَتاقة، أو ولاءِ الموالاةِ على هذا الوجه[1].

أوِ ادَّعتِ الأمةُ على مولاها أنَّها ولدَت منه ولدًا[3]، أوِ ادَّعاه[2]

---

[١] **قولُه**: (على هذا الوجهِ) بأنِ ادَّعى على معروف النَّسبِ أنَّه معتَقُه، أو مولى موالاتِه، أوِ ادَّعى المعروفُ ذلك عليه وأنكرَ الآخر، كذا في «الكافي»[4].

[٢] **قولُه**: (وادَّعاه) أي: ادَّعى المولى الولد، منَ الدِّعوة - بكسر الدَّال[5] -، فهو من تتمَّة كلامِ الأمَة.

---

(١) أي: المنكر.

(٢) «في»: سقط من (ش١) و(ش٥).

(٣) في (ش٣) زيادة قوله: «وأنكرت المولى».

(٤) «الكافي»: (٧/ ٤٣٣).

(٥) وإنَّما تعرَّضنا به؛ لوقوع الغلط الفاحش في لفظه ومعناه (مِنهُ).

وقد ماتَ الولد[١]، ولا يجري في هذه المسألةِ[٢] العكسُ؛ لأنَّ المولى إذا ادَّعى ذلك: تصيرُ أمَّ ولدٍ له(١) بإقراره، ولا اعتبارَ لإنكار الأمة.

وإنَّما يُستحلَفُ عندهما؛ لأنَّ النُّكولَ إقرارٌ؛ لأنَّ الحلِفَ واجبٌ عليه على تقدير صدقِه في إنكاره، فإذا امتنعَ: عُلِمَ أنَّه غيرُ صادقٍ في الإنكار؛ إذ لو كانَ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وقد ماتَ الولد) ولو مثَّل بقولها: ((«وَلَدت منه هذا الولد»، أو «وَلدًا قد مات»))، كما في «الكافي»(٢): لكان جامعًا لما في «الهداية»(٣)، وعاريًا عن إيهام دخْلِ موتِ الولدِ في المقصود.

[٢] قولُه: (ولا يَجري في هذه المسألةِ... إلخ) أقول: لعلَّ هذا هو وجهُ تأخيرِ الشَّارحِ ذكرَها عنِ الكلِّ معَ تقدُّمِها في المتن على البعض(٤).

وتصويرُ النَّسب: أنَّه ادَّعى على مجهول النَّسبِ أنَّه ولدُه أو والدُه، وأنكرَ(٥) الآخر، كذا فُهِمَ من «شرح الأكمل»(٦).

نُقِلَ عن حَميدِ الدِّينِ الضَّريريِّ(٧) أنَّه إنَّما سمَّى هذه المسائلَ السَّبعَ ستًّا كما صرَّحَ به صاحبُ «الكنز»(٨) بناءً على أنَّ الاستيلادَ فرعُ النَّسب، فألحقَه به، فجعلَهما شيئًا واحدًا، وبهذا يظهرُ وجهُ عدمِ تصويرِ الشَّارحِ مسألةَ النَّسب.

---

(١) «له»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤). (٢) «الكافي»: (٧/ ٤٣٣).

(٣) «الهداية»: (٣/ ١٥٦) حيث قال: ((وصورة الاستيلاد: أن تقول الجارية: أنا أمُّ ولد لمولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى)).

(٤) وأمَّا فصله بينها وبين الحدِّ واللِّعان: فلأنَّها اتِّفاقيَّةٌ دونَها (مِنهُ).

(٥) في (ح٢) و(ح٣): «وأنكره». (٦) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٨٠).

(٧) صرَّح به الشَّيخ السَّماويُّ (مِنهُ). يُنظَر: «التَّسهيل شرح لطائف الإشارات»: (ق: ٤٠٥).

(٨) يُنظَر: «كنز الدَّقائق»: (ص: ٥٠٥).

صادقًا: لأقدمَ على أداء الواجب[١]، وهو الحلِف، وإذا كان النُّكولُ إقرارًا، والإقرارُ يجري في هذه الأمور: فيحلف، حتَّى إذا نكلَ: يُقضى بالنُّكول.

ولأبي حنيفةَ: أنَّ المرءَ كثيرًا ما يحترِزُ عنِ اليمين الصَّادقة، فيبذُلُ شيئًا ولا يحلِف، وإذا أمكنَ حملُه على البذل: لا يثبتُ الإقرارُ بالشَّكِّ، فيُحمَلُ على البَذل[٢]، والبَذلُ لا يجري في هذه الأشياء.

---

[١] **قولُه**: (لأقدمَ على أداءِ الواجبِ) لأنَّ «على» في قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**واليمينُ على مَن أنكر**»(١): للوجوب، على أنَّ فيها دفعًا للضَّرر عن نفسه؛ كتحصيل الثَّوابِ بإجراء ذكرِ اسمِ اللهِ على لسانه معظِّمًا له، ودفعِ توهُّمِ الكذبِ عن نفسه، وإبقاءِ مالِه على مِلكه، فلولا هو كاذبٌ في يمينه: لَما تركَ هذه الفوائدَ الثَّلاث.

[٢] **قولُه**: (على البَذلِ) وهو قطعُ الخصومةِ بدفع ما يدَّعيه الخصم، ولا يُتصوَّرُ جريانُه في هذه الأشياء، فإنَّه إذا قال: «أنا حرٌّ، وهذا الرَّجلُ يؤذيني، فدفعتُ إليه نفسي أن يسترقَّني»، أو قال: «أنا ابنُ فلانٍ، ولكن أبحتُ لهذا أن يدَّعيَ نسبي»، أو قالت: «أنا لستُ بامرأتِه، لكن دفعتُ نفسي(٢)، وأبحتُ له التَّمتُّعَ منِّي»: لا يصحُّ، بخلاف المال، فإنَّه لو قال: «هذا المالُ ليس لفلانٍ، ولكن أبحتُ له؛ لأتخلَّصَ من خصومته»: صحَّ إباحتُه.

فالحاصل: أنَّ كلَّ محلٍّ يقبلُ الإباحةَ بالإذن ابتداءً: يُقضى عليه بنكوله، وما لا: فلا، كذا في «الكافي»(٣).

---

(١) أخرجه الدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٣١٩٠) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
(٢) زاد في (ح٣): «إليه».
(٣) «الكافي»: (٧/ ٤٣٥).

ويُمكنُ أن يُقالَ: لمَّا لم يجُزِ البذلُ في هذه الأشياء: لا يُجعَلُ النُّكولُ بذلًا، فيُحمَلُ على الإقرار.

وفي «فتاوى قاضيخان»(١): أنَّ الفتوى على قولهما في النِّكاح[١].

(وحَدٍّ[٢] ولِعانٍ) كما إذا ادَّعى رجلٌ على آخَر: «إنَّك قد(٢) قذَفتَني بالزِّنا، وعليك الحدُّ»: لا يُستحلَفُ بالإجماع[٣].

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (في النِّكاح) وكذا في غيره منَ الأشياءِ السِّتَّة، وقيل: ينبغي للقاضي أن ينظرَ في حال المدَّعى عليه، إن كان متعنِّتًا(٣): يُحلِّفُه أخذًا بقولهما، وإن كان مظلومًا: لا يُحلِّفُه أخذًا بقوله، وهذا اختيارُ المتأخِّرينَ من مشايخنا(٤).

[٢] **قولُه**: (وحَدٍّ) أي: سواءٌ كان حدًّا هو خالصُ حقِّ اللهِ تعالى؛ كحدِّ الزِّنى، وشربِ الخمر، وحدِّ السَّرقة، أو دائرًا بينَ الحقَّين؛ كحدِّ القذف، حتَّى أنَّ مَنِ ادَّعى على آخرَ أنَّه قذفَه وأنكرَ القاذف: لا يُستحلَف؛ لأنَّ الغالبَ فيه حقُّ اللهِ تعالى عندنا، فالتحقَ بالحدود الخالصةِ للهِ تعالى، كذا في «الغُرر»(٥).

[٣] **قولُه**: (لا يُستحلَفُ بالإجماع) أي: باتِّفاق أئمَّتِنا الثَّلاث(٦)، إلَّا إذا تضمَّنَ حقًّا، بأن علَّقَ عتقَ عبدِه بالزِّنى وقال: «إن زنيتَ: فأنتَ حرٌّ»، فادَّعى العبدُ أنَّه قد

(١) «قد»: سقط من (ش٤) و(ش٥).

(٢) «فتاوى قاضيخان»: (١/ ٤٠٤).

(٣) زاد في (ح٥): «به».

(٤) ينظر: «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٣٣٤).

(٥) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٣٣٣).

(٦) عند الأعظم، وأمَّا عندهما: فلأنَّ النُّكول إقرارٌ فيه شبهةٌ؛ لأنَّه في نفسه سكوتٌ، فكان حجَّةً فيما لا يندرئ بالشُّبهات، فلا يجري في الحدود، كذا في «العناية»: (٨/ ١٨١) (مِنهُ).

وكذا إذا ادَّعَتِ المرأةُ على الزَّوج: «إنَّك قذفتَني بالزِّنا، وعليكَ اللِّعان».

[ما يُحلَّفُ فيه]

(وحُلِّفَ السَّارِقُ، وضَمِنَ إن نكَلَ، ولم يُقطَع)؛ لأنَّ المالَ يلزمُ بالنُّكول لا القطعَ[1].

(وكذا الزَّوجُ إذا ادَّعَتِ المَرأةُ(١) طَلاقًا قبلَ الدُّخولِ[2]؛ لأنَّه يُحلَّفُ في الطَّلاق إجماعًا، فإن نكَلَ: ضَمِنَ نِصفَ مَهرِها).

زنى، ولا بيِّنَةَ له عليه: يُستحلَفُ المولى، حتَّى إذا نكلَ: ثبتَ العتقُ دونَ الزِّنى، كذا في «التَّبيين»(٢).

[1] **قولُه**: (لا القطعَ) لأنَّ موجَبَ فعلِه الذي هو النُّكولُ شيئان:

الضَّمان، وهو يجبُ معَ الشُّبهة، فيجبُ بالنُّكول.

والقطع، وهو لا يجبُ معَ الشُّبهة، فلا يجبُ بالنُّكول، فصار كما إذا ثبتَ السَّرقةُ بشهادة رجلٍ وامرأتين، فإنَّ ضمانَ المالِ يجبُ بها دونَ القطع(٣)، كذا في «التَّبيين»(٤).

[2] **قولُه**: (طَلاقًا قبلَ الدُّخولِ) قيل: فائدةُ التَّقييدِ بالقبلِ تعليم أنَّ دعوى المهرِ لا تتفاوتُ بينَ النِّصفِ والكلِّ.

---

(١) «المرأة»: سقط من (م١) و(م٢).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٩٨).

(٣) ويقول في الاستحلاف: «بالله ما له عليك هذا المال»، وعن محمَّدٍ رحمه: أنَّ القاضي يقول للمدَّعي: «ماذا تريد؟» فإن قال: «أريد القطع» يقول: «إنَّ الحدود لا يُستحلَف فيها، فليس لك يمينٌ»، وإن قال: «أريد المال»، قال له: «دع دعوى السَّرقة وادَّعِ المال»، كذا في «التَّبيين»: (٤/ ٢٩٩) (مِنهُ).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٢٩٩).

(وكذا في النِّكاحِ إذا ادَّعَت هي مَهرَها) أي: إذا ادَّعتِ المرأةُ النِّكاح، وطلبَتِ المالَ كالمهرِ أوِ النَّفقة، فأنكرَ الزَّوج: يُحلَّف، فإن نكلَ: يلزمُ المال، ولا يثبتُ الحِلُّ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المالَ يثبتُ بالبَذل[1] لا الحِلِّ.

(وفي النَّسَبِ: إذا ادَّعى حَقًّا كإرثٍ ونَفَقةٍ) أي: يُحلَّفُ في دِعوى النَّسبِ[2] إذا ادَّعى المدَّعي مالًا، فيثبتُ بالنُّكولِ المالُ لا النَّسبُ عند أبي حنيفةَ (وغيرِهما) كالحَجْر[3] في اللَّقيط، وامتناعِ الرُّجوعِ في الهبة.

ذخيرة العقبى

يرِدُ عليه: أنَّ الإطلاقَ يُغني عن ذلك، وليس فيه توهُّمُ التَّقييدِ بذلك(١).

[١] قولُه: (يثبتُ بالبَذلِ) أي: يثبتُ المالُ بنُكوله، ولا يثبتُ النِّكاح(٢).

[٢] قولُه: (في دِعوى النَّسبِ) بأنِ ادَّعى رجلٌ على رجلٍ أنَّه أخو المدَّعى عليه، ماتَ أبوهما وتركَ المالَ في يد المدَّعى عليه، أو طلبَ منَ القاضي فرضَ النَّفقةِ على المدَّعى عليه بسبب الأخوَّة، فإنَّه يُستحلَفُ على النَّسب، فإن حلفَ: برئ، وإن نكلَ: يقضي بالمال والنَّفقةِ دونَ النَّسب.

[٣] قولُه: (كالحَجْرِ) وهو - بفتح الحاءِ المهمَلة(٣)، وسكونِ الجيم -: المنعُ عنِ التَّصرُّف؛ يعني: إذا كان صبيٌّ لا يُعبرِّ عن نفسه في يد ملتقِطٍ، فادَّعتْ أخوَّته

(١) كُتِبَ على هامش (ح٤): قال مولانا الفاضل سعدي أفندي: ((أقول: فيه بحثٌ، فإنَّه لو أطلق: لربَّما ذهب الوهم إلى الطَّلاق بعد الدُّخول لغلبته؛ بل ولكماله أيضًا، فقُيِّدَ به ليُعلَم حكمُه بطريق الأولى، فإنَّه إذا استحلف قبل تأكُّد المهر: فبعده أولى كما لا يخفى))، انتهى، «فرائد».

(٢) فإن قلت: وجب أن يثبت النِّكاح أيضًا؛ لأنَّه يثبت بالشُّبهات.
قلت: البذل لا يجري فيه كما تقدَّم، كذا في «العناية»: (٨/ ١٨٨) (مِنهُ).

(٣) ويجوز كسر الحاء، فيكون بمعنى الحرم، فكأنَّه يريد المدَّعي نقل اللَّقيط من يد الملتقط إلى حرمه (مِنهُ).

(وكذا مُنكِرُ القَوَدِ[(١)]) أي: يُحلَّفُ إجماعًا (فإنْ نكَلَ في النَّفسِ: حُبِسَ حتَّى يُقِرَّ أو يَحلِفَ، وفيما دونَها[(٢)]: يَقتَصُّ) فإنَّ الأطرافَ بمنزلة الأموال، فيجري فيها البذل، بخلاف النَّفس، هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يلزمُ الأرشُ[(٣)] في النَّفس وما دونَها، فإنَّ النُّكولَ إقرارٌ فيه شبهةٌ، فلا يثبتُ به القصاص، بل يلزمُ المال.

(فإنْ قالَ: «لي بَيِّنَةٌ حاضِرَةٌ») أي: في المصر، حتَّى لو قال: «لا بيِّنَةَ لي»، أو قال[(٤)]: «شهودي غُيَّبٌ»، يُحلَّفُ ولا يُكفَّل (وطَلَبَ حَلِفَ الخَصمِ: لا يُحَلَّفُ ويُكَفَّلُ بنفسِهِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ، فإن أبى: لازَمَهُ[1]) أي: إن أبى الخصمُ عن إعطاء الكفيل:

ذخيرة العقبى

حرَّةٌ تُريدُ قصرَ يدِ الملتقِطِ عنه بحقِّ حضانتِها، فأرادَتِ استحلافَه فنكل: ثبتَ[(٥)] لها الحَجرُ دونَ النَّسب، وكذا إذا وهبَ الإنسانُ عينًا، ثمَّ أرادَ الرُّجوعَ فيها، فقال الموهوبُ له: «أنتَ أخي»، يريدُ بذلك إبطالَ حقِّ الرُّجوع: يُستحلَفُ الواهب، فإن نكلَ: ثبتَ امتناعُ الرُّجوعِ لا الأخوَّة.

[١] **قولُه**: (فإن أبى: لازَمَهُ) أي: دارَ معَه أينما سار[(٦)]، فلا يُمنَعُ منَ التَّصرُّف والسَّفر، ولا يُجلسُه في موضعٍ؛ لأنَّه حبسٌ وهو غيرُ مستحَقٍّ عليه، وعن محمَّدٍ: أنَّ

---

(١) أي: يحلف من ادَّعى قصاصًا على غيره، فجحده. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ١١٦).

(٢) أي: إن نكل فيما دون النَّفس. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٢٣).

(٣) الأرش: الشَّجَّة ونحوها، ودية الجراحة، وما يستردُّ من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيبٌ. «المصباح المنير»: (أرش).

(٤) «قال»: سقط من (ش٤).

(٥) أي: ثبت لها نقل الصَّبي إلى حجرها (مِنهُ).

(٦) «أينما سار» في (ح٣): «كيفما دار».

لازَمَه المدَّعي ثلاثةَ أيَّامٍ، ثمَّ عطفَ على الضَّمير المنصوبِ في «لازمَه» قولَه:

(والغَريبَ[١] قَدرَ مَجلِسِ الحُكمِ) أي: لازمَ المدَّعي الغريبَ مقدارَ ما يكونُ القاضي جالسًا في المحكمة (ولا يُكفَل إلَّا إلى آخِرِ المَجلِسِ)[٢] أي: إن أُخِذَ منه الكفيلُ: لا يؤخَذُ إلَّا إلى آخر مجلسِ الحكم، فإن أتى بالبيِّنة فَبِها، وإلَّا: يُحلِّفُه إن شاء أو يدَعُه.

ذخيرة العقبى

للمدَّعي أن يحبسَه في مسجد محلَّتِه، أو في بيتِه؛ لأنَّه ربَّما يطوفُ في الأسواق بغير حاجةٍ، فيتضرَّرُ المدَّعي، كذا في آخر كتابِ الحَجْرِ منَ الشُّروح[٣].

---

(١) الغَريب: أي: المسافر. «اللُّباب في شرح الكتاب»: (٣/ ٢٥٢).

(٢) في (ش١) زيادة قوله: «الحكم فإن أتى بالبينة فيها ولا يحلف بالطلاق أو العتاق».

(٣) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٢٧٧).

[فصلٌ في كيفيَّة اليمين والاستحلاف]

(والحَلِفُ باللهِ[١]، لا بالطَّلاقِ والعِتاقِ(١)، فإن ألَحَّ الخَصمُ قيلَ: صَحَّ بهما في زَمانِنا) أي: جاز للقاضي[٢] أن يُحلِّفَه بالطَّلاق أوِ العِتاق (ويُغَلِّظُ بصِفاتِهِ) نحوَ: «باللهِ الطَّالبِ الغالب، المدرِكِ المهلِك، الحيِّ الذي لا يموتُ أبدًا»(٢) ونحوِ ذلك (لا بالزَّمانِ والمَكانِ) هذا عندنا.

وعند الشَّافعيِّ: يُغلَّظُ[٣] بالزَّمان؛ كبعدَ صلاة العصرِ يومَ الجمُعة، وبالمكان؛

[١] **قولُه**: (والحَلِفُ باللهِ(٣)) شروعٌ في بيان صفةِ اليمينِ بعد الفراغ من نفسها، والمواضعِ الواجبةِ هي فيها.

[٢] **قولُه**: (أي: جازَ للقاضي) بقلَّة مبالاةِ المدَّعى عليه باليمين بالله، وكثرةِ امتناعِه عنِ الحلف فيهما، لكنَّهم قالوا: إن نكلَ عنِ اليمين فيهما: لا يُقضى عليه؛ لأنَّه نكلَ عمَّا هو منهيٌّ عنه شرعًا، ولو قضى به: لم ينفُذ قضاؤه، كذا في شروح «الهداية»(٤).

لا يُقال: فلا فائدةَ في التَّحليف بهما.

لأنَّا نقول: فائدتُه التزامُ أداءِ الحقِّ في أوَّل الوَهلةِ من خوف وقوعِهما، فليُتأمَّل.

[٣] **قولُه**: (ويُغلِّظُ) أي: يُباحُ التَّغليظُ بها، ولا يجبُ عليه، حتَّى لو نكلَ عنِ التَّأكيد بالأوصاف: لا يُقضى عليه؛ لأنَّ المقصودَ هو الحلفُ بالله، وقد حصل.

---

(١) في (م١) و(م٢): «والعِتق».
(٢) «أبدًا»: سقط من (ش٣) و(ش٤).
(٣) لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن كان منكم حالفًا: فليحلف بالله أو ليذَرْه» (مِنهُ). بنحوه عند البخاريِّ (٦٦٤٦)، ومسلمٍ (١٦٤٦) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.
(٤) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٩٦).

كالمسجد الجامعِ عند المنبرَ(١).

(وحُلِّفَ اليَهوديُّ باللهِ الذي أنزَلَ التَّوراةَ على موسى عَلَيْهِ السَّلَامُ).

(والنَّصرانيُّ باللهِ الذي أنزَلَ الإنجيلَ على عيسى عَلَيْهِ السَّلَامُ).

(والمَجوسيُّ باللهِ الذي[١] خَلَقَ النَّارَ).

(والوَثَنيُّ باللهِ[٢] تَعالى).

(ولا يُحَلَّفُونَ في مَعابِدِهِم[٣]).

(ويُحَلَّفُ على الحاصِلِ(٢)[٤] في البَيعِ والنِّكاحِ: «باللهِ ما بينكما بَيعٌ قائمٌ»، أو: «نِكاحٌ قائمٌ في الحالِ»).

---

[١] قولُه: (والمَجوسيُّ بالله الذي... إلخ) يعني: يُغلَّظُ على كلِّ واحدٍ بما يعتقدُ تغليظَ اليمين؛ ليكونَ مانعًا له عنِ الإقدام على اليمين الكاذبة، كذا في «الكافي»(٣).

[٢] قولُه: (والوَثَنيُّ بالله) يعني: لا يجوزُ أن يُقال: «بالله الذي خلقَ الوثنَ والصَّنم»؛ لأنَّ النَّهيَ عن تعظيم الوثنِ مجمَعٌ عليه، بخلاف النَّار، فإنَّ فيها روايةً عنِ الأعظم، وأيضًا هو من محض صُنعِهم، فتعظيمُه أشنعُ من تعظيم النَّار.

[٣] قولُه: (في مَعابِدِهِم) أي: في بيوت عبادتِهم؛ لأنَّ فيه تعظيمَها، والقاضي ممنوعٌ أن يحضرَها.

[٤] قولُه: (ويُحَلَّفُ على الحاصِلِ... إلخ) هذا شروعٌ في نوعٍ آخرَ من كيفيَّة اليمين، وهو الحلفُ على الحاصل، والسَّببُ والضَّابطُ فيه أنَّ السَّببَ إمَّا إن كان ممَّا

---

(١) ينظر: «التَّنبيه»: (ص ٢٦٧).

(٢) أي: على صورة إنكار المنكر. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ١٢٧).

(٣) «الكافي»: (٧/ ٤٤٣).

(وفي الطَّلاقِ: «ما هي بائنٌ منكَ الآنَ»).

(وفي الغَصبِ: «ما يَجِبُ عليكَ رَدُّهُ»، لا على السَّبَبِ: «باللهِ ما بِعتُهُ»، ونَحوِهِ) نحوَ[(١)]: «بالله ما نكَحتُها»، و: «بالله ما طلَّقتُها»، و: «بالله ما غصَبتُه»؛ لأنَّ هذه الأسبابَ تُرفَعُ بأن باع شيئًا ثمَّ تَقايَلا، فإن حُلِّفَ على السَّبب: يتضرَّرُ المدَّعى عليه، هذا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وعند أبي يوسُف: يُحلَّفُ على السَّبب في جميع ذلك إلَّا عند تعريضِ المدَّعى عليه، بأن يقولَ: «أيُّها القاضي؛ لا تُحلِّفني على السَّبب، فإنَّ الإنسانَ قد يبيعُ ثمَّ يُقيل، أو يُطلِّقُ ثمَّ يتزوَّج».

وقيل: يُنظَرُ إلى إنكار المدَّعى عليه، فإن أنكرَ السَّبب: يُحلَّفُ عليه[(٢)]، وإن أنكرَ الحكمَ: يُحلَّفُ على الحاصل، هذا ما قالوا.

ولقائلٍ أن يقولَ[١]: ينبغي أن يُحلَّفَ على السَّبب دائمًا وإن عرَّضَ المدَّعى

يرتفعُ برافعٍ بعد وقوعه وتحقُّقِه؛ كالبيع، والطَّلاق، والنِّكاح، أو لا، فإن كان الثَّاني: فالتَّحليفُ على السَّبب بالإجماع، وإن كان الأوَّل: فإن تضرَّرَ المدَّعي بالتَّحليف على الحاصل: فكذلك وإن لم يتضرَّرْ بحلفٍ على الحاصل عندهما، وعلى السَّبب عند أبي يوسفَ، إلَّا إذا عرضَ المدَّعى عليه بأن يقول... إلخ، كذا في «العناية»[(٣)].

[١] **قولُه**: (ولقائلٍ أن يقولَ) قيل: فيه بحثٌ؛ لأنَّه إن وقعَ الإقالةُ في البيع بلا شهودٍ، والخصمُ ممَّن لا يُبالي في الإقدام على الأيمان الكاذبة: لزمَ هلاكُ حقِّ

---

(١) في (ش٢) و(ش٤) و(ش٥): «مثل».

(٢) قوله: «يحلف عليه» في (ش٤): «يحلف على السبب».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ١٩٩).

عليه، ولا اعتبارَ لذلك التَّعريض؛ لأنَّ غايةَ ما في الباب أنَّه وقعَ البيع، ثمَّ[١] وقعَ الإقالة، ففي دعوى الإقالةِ يصيرُ المدَّعى عليه مدَّعيًا، فعليه البيِّنةُ على الإقالة، فإن عجزَ: فعلى المدَّعي اليمين.

(إلَّا إذا تَرَكَ النَّظَرَ للمُدَّعي، فيُحَلَّفُ على السَّبَبِ؛ كدَعوى الشُّفعَةِ بالجِوارِ، ونَفَقَةِ مَبتوتَةٍ، والخَصمُ لا يَراهُما) أي: يُحلَّفُ على الحاصل إلَّا أن يلزمَ مِنَ الحلِف على الحاصل تركُ النَّظرِ للمدَّعي، فحينئذٍ يُحلَّفُ على السَّبب؛ كدعوى الشُّفعةِ بالجوار، فإنَّه يُمكنُ أن يُحلَّفَ على الحاصل أنَّه لا تجبُ الشُّفعةُ بناءً على مذهب الشَّافعيِّ، فإنَّ الشُّفعةَ لا تثبتُ بالجوار عنده[٢]، فيُحلَّفُ المشتري: «باللهِ ما اشتَرَيتُ هذه الدَّار».

وكذا إذا ادَّعتِ النَّفقةَ بالطَّلاق البائن؛ كالخُلع مثلًا، فإنَّه لا تجبُ النَّفقةُ عند الشَّافعيِّ[٣]، وتجبُ عندنا، فإن حلَفَ: «باللهِ ما يجبُ عليك النَّفقةُ»: فربَّما يحلِفُ على مذهب الشَّافعيِّ، فيُحَلَّفُ على السَّبب: «باللهِ ما طلَّقتُها طلاقًا بائنًا».

(وكذا في سَبَبٍ[٤] لا يَرتَفِعُ؛ كعَبدٍ مُسلِمٍ يَدَّعي عِتقَهُ) فإنَّ المولى يحلَّفُ: «باللهِ ما أعتقتُه»، فإنَّه لا ضرورةَ إلى الحلف على الحاصل؛ لأنَّ السَّببَ لا يُمكنُ

المسلم، وفي الطَّلاق إنِ استُحلِفَ على السَّبب: يتضرَّرُ المدَّعى عليه؛ لأنَّه قد يعجِزُ عن إثبات النِّكاح، ولا تحليفَ فيه عنده، فهلكَ حقُّه، فليُتأمَّل.

(١) في (ش٣) زيادة: «تقايلا ثم».
(٢) ينظر: «فتح العزيز»: (١١/ ٣٦١).
(٣) ينظر: «تحفة المحتاج»: (١٠/ ٢٩٦).
(٤) أي: وكذا يحلف على السَّبب.

ارتفاعُه، فإنَّ العبدَ المسلمَ إذا أُعتِقَ: لا يُسترَقُّ[١].

(وفي الأمَةِ والعَبدِ الكافرِ على الحاصِلِ)؛ لأنَّ السَّببَ قد يرتفعُ فيهما، أمَّا في الأمَةِ: فبالرِّدَّة واللَّحاقِ إلى دار الحرب، ثمَّ السَّبي، وأمَّا في العبد الكافرِ: فبنقض العهدِ واللَّحاق، ثمَّ السَّبي.

(ويُحلَّفُ على العَلمِ[٢] مَن وَرِثَ شَيئًا فادَّعاهُ آخَرُ، وعلى البَتاتِ إن وُهِبَ له أوِ اشتَراهُ) البَتات: القطع، فالموهوبُ له والمشتري يحلِّفان: «باللهِ ليس هذا ملكًا لك»، فعدمُ الملكِ مقطوعٌ به، بخلاف الوارث، فإنَّه يحلَّفُ: «بالله لا أعلمُ أنَّه ملكٌ لك»، فإنَّه ينفي العلمَ بالملك، وعدمُ الملكِ ليس مقطوعًا به في كلامه.

(وصَحَّ فِداءُ الحَلِفِ والصُّلحُ منه، ولا يُحَلَّفُ بعدَهُ) أي: إذا توجَّهَ الحلِفُ فقال: «أعطيتُ هذه العشَرةَ فداءً عنِ الحلِفِ»، وقبِلَ الآخَر، أو قال المدَّعي:

---

[١] **قولُه**: (لا يُسترَقُّ)؛ لأنَّ الاسترقاقَ إنَّما يكونُ بوقوع الاستيلاءِ بعد الارتداد، وهو لا يُتصوَّرُ في العبد المسلم؛ لأنَّه بالارتداد يجبُ قتلُه، بخلاف العبدِ الكافرِ والأمَةِ مطلقًا، فإنَّ الرِّقَّ يتكرَّرُ عليه بنقض العهدِ واللَّحاق، وعليها بالرِّدَّة واللَّحاق.

[٢] **قولُه**: (ويُحلَّفُ على العَلمِ) هذا نوعٌ آخرُ من كيفيَّةِ اليمين، وهو اليمينُ على العِلم أوِ البَتات، أمَّا الوارثُ: فلأنَّه لا اختيارَ له في الملك، ولا يدري ما فعلَ المورِّث، ولم يوجَدْ ما يُطلقُ له اليمينَ على البَتات، والمشتري والموهوبُ له أصلٌ بنفسه: فيحلفُ عليه، والأصلُ فيه أنَّ الدَّعوى متى وقعَت على فعل الغير: كان الحلفُ على العِلم، وإن وقعَت على فعل المدَّعى عليه: كان على البَتات، وههنا صورُ نقوضٍ مذكورةٌ في الشُّروح معَ أجوبتِها، فليُنظَرْ فيها(١).

---

(١) ينظر: «النِّهاية شرح الهداية»: (٨/ ٢٦٥)، و«العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٠١).

«صالحتُ عن دعوى الحلِفِ على كذا»، وقبِلَ الآخر: صحَّ، وسقطَ حقُّ الحلِفِ[١].

واعلمْ أنَّ كلَّ موضعٍ وجبَ فيه اليمينُ على البَتات، فحلفَ على العِلم: لا يكونُ معتبرًا، حتَّى لا يُقضى عليه بالنُّكول، ولا تسقطُ اليمينُ عنه، وكلَّ موضعٍ وجبَ فيه اليمينُ على العِلم، فيحلف على البَتات: تُعتبرُ اليمين، حتَّى تسقطُ عنه اليمينُ ويُقضى عليه إذا نكل؛ لأنَّ الحلفَ على البتات أقوى، كذا في «النِّهاية»(١).

[١] قولُه: (ويسقطُ حقُّ الحلِف) يعني: لمَّا بطلَ حقُّه في اليمين في لفظ الفداءِ أوِ الصُّلح: ليس له أن يستحلفَ بعد ذلك؛ لأنَّه أسقطَ حقَّه، بخلاف ما إذا اشترى يمينَه بعشَرة دراهمَ مثلًا، حيثُ لم يجزْ؛ لأنَّ الشِّراءَ عقدُ تمليكِ المالِ بالمال، واليمينُ ليست بمالٍ، كذا في «الأكمليَّة»(٢).

❁ ❁ ❁

(١) «النِّهاية شرح الهداية»: (٨/ ٢٦٥).
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٠٤).

باب التَّحالُف(١)

[الاختلافُ في قَدر الثَّمن والمبيع]

(ولو اختَلَفا في قَدرِ الثَّمَنِ، أوِ المَبيعِ: حُكِمَ لمَن بَرهَنَ[١]، وإن بَرهَنا: حُكِمَ لمُثبِتِ الزِّيادَةِ[٢]) وهو البائعُ إن كان الاختلافُ في قدر الثَّمن، والمشتري إن كان الاختلافُ في قدر المبيع.

(وإنِ اختَلَفا فيهِما(٢)) كما إذا قال البائع: «بعتُ هذا العبدَ الواحدَ بألفَين»، وقال المشتري: «لا، بل بعتَ العبدَينِ بألفٍ»: (فحُجَّةُ البائعِ في الثَّمَنِ، وحُجَّةُ المُشتَري في المَبيعِ أَولى[٣]).

باب التَّحالف

[١] قولُه: (حُكِمَ لمَن بَرهَنَ)؛ لأنَّ في الجانب الآخرِ مجرَّدَ الدَّعوى، والبيِّنةُ أقوى منها؛ لأنَّها توجِبُ الحكمَ على القاضي دونَها.

[٢] قولُه: (لمُثبِتِ الزِّيادَةِ)؛ لأنَّ البيِّناتِ للإثبات، ولا تعارضَ بينَهما في الزِّيادة؛ لأنَّ البيِّنةَ المثبِتةَ للأقلِّ لا تتعرَّضُ للزِّيادة، فكانتِ البيِّنةُ المثبتةُ للزِّيادة سالمةً عنِ المُعارِض، فكانت أكثرَ إثباتًا، كذا في «البيانيَّة»(٣).

[٣] قولُه: (في المَبيعِ أَولى) أي: العبدَينِ جميعًا للمشتري بألفَين.

---

(١) يقال: تحالفا إذا تعاهدا وتعاقدا على أن يكون أمرهما واحدًا في النُّصرة والحماية. «المصباح المنير»: (ح ل ف).

(٢) أي: في الثَّمن والمبيع.

(٣) «غاية البيان»: (١٢/ ١٢٣).

وإن عَجَزا[١]: رَضيَ كُلٌّ بزيادةٍ يَدَّعيهِ الآخَرُ[٢]، وإلَّا: تَحالَفا).

فقوله: «وإن عجَزا»: يرجعُ إلى الصُّور الثَّلاث؛ أي: ما إذا كان الاختلافُ في الثَّمن، أوِ المبيع، أو فيهما.

١- فإن كان الاختلافُ في الثَّمن: فيُقالُ للمشتري: «إمَّا أن ترضى بالثَّمن الذي ادَّعاه البائع، وإلَّا: فسَخنا البيع».

٢- وإن كان الاختلافُ في المبيع: يُقالُ للبائع: «إمَّا أن تُسلِّمَ ما ادَّعاه المشتري، وإلَّا: فسَخنا البيع».

٣- وإن كان الاختلافُ في كلٍّ منهما: يُقالُ ما ذُكِرَ لكلَيهما، فإن رضيَ كلٌّ بقول الآخَرِ: فظاهرٌ، وإلَّا: تحالَفا.

(وحُلِّفَ المُشتَري أوَّلًا) في الصُّور الثَّلاث؛ لأنَّه يُطالبُ أوَّلًا بالثَّمن[1]، فإنكارُه أسبق، وأيضًا: يتعجَّلُ[٣][2] فائدةَ النُّكول، وهو وجوبُ الثَّمن، وفي بيع

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لأنَّه يُطالَبُ أوَّلًا بالثَّمن): يعني: أنَّ البادئَ للإنكار هو الطالب، فتقدُّمُه يوجبُ تقدُّمَ الإنكار[٤].

[٢] قولُه: (وأيضًا يتعجَّلُ) يعني: أنَّ فائدةَ النُّكولِ تتعجَّلُ بالبداية بيمين المشتري، وهو إلزامُ الثَّمن، ولو بُدِئَ بيمين البائع: تأخَّرَتِ المطالبةُ بتسليم المبيعِ إلى زمان تسليمِ الثَّمن؛ لأنَّه يُمسكُ المبيعَ حتَّى يستوفيَ الثَّمن، فكان ما يتعجَّلُ به

(١) أي: إن لم يكن لكلٍّ منهما بيِّنةٌ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٢٣٠).
(٢) قوله: «كل بزيادة يدعيه الآخر» في (ش٣) و(م١)و (م٢): «بدعوى أحدهما».
(٣) في (ش١): «بتعجيل». وفي (ش٤) زيادة: «على».
(٤) كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»: (٨/ ٢٠٩) (مِنهُ).

السِّلعةِ بالسِّلعة، وفي الصَّرف يبدأُ القاضي بأيِّهما شاء[١]، ويُحَلَّفُ كلٌّ على نفي ما يدَّعيه الآخر، ولا احتياج إلى إثبات ما يدَّعيه[٢]، هو الصَّحيح.

(وفَسَخَ القاضي البَيعَ) أي: بعدَ التَّحالُف[٣] (ومَن نكَلَ: لَزِمَهُ دَعوى الآخرِ) أي: إذا عرضَ اليمينَ أوَّلاً على المشتري، فإن نكلَ: لزِمَه دعوى البائع، وإن حلفَ: يعرِضُ اليمينَ على البائع، فإن حلَفَ: يفسخُ البيع، وإن نكلَ: لزِمَه دعوى المشتري.

فائدتَه أَولى(١)، وقيل: يُقرَعُ بينَهما في البداية، كذا في «التَّبيين»(٢).

[١] قولُه: (بأيِّهما شاء)؛ لاستوائهما في فائدة النُّكول.

[٢] قولُه: (ولا احتياجَ إلى إثباتِ ما يدَّعيه) كأنْ يُقالَ بعد قوله: «بالله ما باعَه بألفٍ»: «ولقد باعَه بألفين»؛ لأنَّ الأيمانَ وُضِعَتْ للنَّفي كالبيِّناتِ للإثبات، دلَّ على ذلك حديثُ القَسامة: «بالله ما قتلتم، وما علمتُم له قاتلًا»(٣)، قال الأكمل(٤): ((وفيه نظرٌ؛ لأنَّ ذلك لا يُنافي التَّأكيد)).

[٣] قولُه: (أي بعدَ التَّحالُف) يعني: يُشترَطُ انفساخُ هذا العقدِ بفسخ القاضي، ولا ينفسخُ بنفس التَّحالف، وقيل: ينفسخُ به، والصَّحيحُ هو الأوَّل، بدليل ما ذكرَ في

---

(١) لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما إذا تكلَّم: لا يلزم تسليم شيءٍ في الحال، كذا في «غاية البيان»*: (١٢/ ١٢٤) (مِنهُ).

* لمولانا قوام الدِّين الأتقانيّ (مِنهُ).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٣٠٥).

(٣) أخرجه الدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٣٣٥٤) من حديث عمر بن الخطَّاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢١١).

ثمَّ اعلم أنَّ الاختلافَ إذا كان في الثَّمن: فالتَّحالفُ قبلَ قبض المشتري(١) المَبيعَ: موافقٌ للقياس؛ لأنَّ البائعَ يدَّعي زيادةَ الثَّمن، والمشتريَ يُنكرُها، والمشتريَ يدَّعي وجوبَ تسليمِ المَبيعِ بأقلِّ الثَّمنين، والبائعَ يُنكرُه، فكلٌّ منهما مُدَّعٍ ومنكِرٌ، فيتحالَفان، أمَّا بعدَ قبض المبيعِ: فمخالفٌ للقياس، فإنَّ المشتريَ لا يدَّعي شيئًا؛ لأنَّ المبيعَ قد سُلِّمَ له، والبائعَ يدَّعي زيادةَ الثَّمن، والمشتريَ يُنكرُه[١]، لكنَّ التَّحالفَ ههنا ثبتَ بقوله ﷺ: «**إذا اختَلفَ**[٢] **المتبايعانِ والسِّلعةُ قائمةٌ: تحالَفا وترادَّا**»(٢).

«المبسوط»(٣) أنَّ وطءَ الجاريةِ المبيعةِ يحلُّ بعد التَّحالف قبل فسخ القاضي البيعَ(٤) بينهما، ولو كان ينفسخُ به: لَما حلَّ، كذا في «التَّبيين»(٥).

[١] **قولُه**: (فالمشتريَ يُنكرُه) والقياس: الاكتفاءُ بحلفه لكن... إلخ.

[٢] **قولُه**: (بقولِه ﷺ: «إذا اختَلفَ...») الحديث، ولقائلٍ أن يقول: إنَّ هذا الحديثَ مخالفٌ للمشهور، فإن لم يكنْ مشهورًا: فهو مرجوحٌ(٦)، وإن كان: فكذلك؛ لعموم المشهور، أو يتعارضانِ ولا ترجيح.

---

(١) «المشتري»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(ش٥).

(٢) أخرجه النَّسائيُّ: (٤٦٤٨) وابن ماجه: (٢١٨٦) وأبو داود: (٣٥١٣) بألفاظٍ متقاربةٍ من حديث عبد الله بن مسعودٍ، قال الزَّيلعيُّ: وقال صاحب «التَّنقيح»: والذي يظهر أنَّ حديث ابن مسعودٍ بمجموع طرقه له أصلٌ، بل هو حديثٌ حسنٌ يحتجُّ به، لكن في لفظه اختلافٌ. ينظر: «نصب الرَّاية»: (٤/ ١٣٣).

(٣) «المبسوط»: (١٣/ ٣٢).

(٤) «البيع»: سقط من (ح١) و(ح٣)، وفي «التَّبيين»: ((المبيع)).

(٥) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٣٠٥).

(٦) أي: مغلوبٌ؛ لأنَّ الرُّجحان الغالب يبقى، هذا راجحٌ من هذا؛ أي: غالبٌ على هذا (مِنهُ).

[ما لا تَحالُف فيه]

(ولا تَحالُفَ في الأجَلِ، وشَرطِ الخيارِ، وقَبضِ بَعضِ الثَّمَنِ، وحُلِّفَ المُنكِرُ) سواءٌ اختلَفا[١] وقال المشتري: «الثَّمنُ مؤجَّلٌ»، وأنكرَ البائع، أو قال المشتري: «الثَّمنُ مؤجَّلٌ إلى سنةٍ»، وقال البائع:(١) «بل إلى نصف سنةٍ»: حُلِّفَ منكرُ الزِّيادة.

أو قال أحدُهما: «البيعُ بشرطِ الخيارِ»، وأنكرَ الآخر، وقال أحدُهما: «ليَ الخيارُ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ»، وقال الآخَر: «بل إلى يومَين».

أو قال المشتري: «أدَّيتُ بعضَ الثَّمنِ[٢]»، وأنكرَ البائع.

(ولا بعدَ هَلاكِ المَبيعِ، وحُلِّفَ المُشتَري) أي: هلكَ المبيع، ثمَّ اختلَفا في قدر الثَّمن، فلا تحالُفَ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسُفَ، والقولُ للمشتري.

وعند محمَّدٍ: يتحالفان، ويُفسَخُ البيعُ على قيمة الهالك؛ لأنَّ كلًّا منهما يدَّعي عقدًا يُنكِرُه الآخَر[٣]، فيتحالفان.

---

[١] **قولُه**: (سواءٌ اختلَفا... إلخ) وذلك لأنَّ التَّحالُفَ وردَ فيه النَّصُّ عند الاختلافِ فيما يتمُّ به العقد؛ كالمبيعِ والثَّمن، وهذه المذكوراتُ ممَّا لا يختلُّ العقدُ بعدمِها، فلم يكنْ في معنى المنصوصِ عليه حتَّى يلحقَ به، كذا في «الأكمليَّة»(٢).

[٢] **قولُه**: (أدَّيتُ بعضَ الثَّمنِ) ولوِ اختلفا في استيفاء كلِّ الثَّمن: فالحكمُ كذلك، لكنَّه لم يذكرْه؛ لكونه مفروغًا عنه باعتبار أنَّه صارَ ذلك بمنزلة سائرِ الدَّعاوى.

[٣] **قولُه**: (يُنكِرُه الآخَر) والدَّلائلُ الدَّالَّةُ على التَّحالف لا تفصلُ بينَ كونِ السِّلعةِ قائمةً أو هالكةً.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «لا».

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢١٢).

لهما: أنَّ التَّحالفَ بعدَ قبضِ المبيعِ على خلاف القياس؛ فلا يتعدَّى إلى حال هلاكِ السِّلعة.

(ولا بعدَ هَلاكِ بَعضِهِ[١] إلَّا أنْ يَرضى البائعُ بتَركِ حِصَّةِ الهالِكِ) أي: لا يأخذُ من ثمن الهالكِ شيئًا أصلًا، ويُجعَلُ الهالكُ كأنْ لم يكن، وكأنَّ العقدَ لم يكن إلَّا على القائم، فيتحالفان، هذا تخريجُ بعضِ المشايخ، وينصرِفُ الاستثناءُ عندهم إلى التَّحالف، وقالوا: إنَّ المرادَ بقوله في «الجامع الصَّغير»: يأخذُ الحيَّ، ولا شيءَ له؛ أي: لا يأخذُ من ثمن الهالكِ شيئًا أصلًا.

وقال بعضُ المشايخِ: يأخذُ من ثمن الهالكِ بقدر ما أقرَّ به المشتري، ولا يأخُذُ الزِّيادة، فالاستثناءُ ينصرِفُ إلى يمين المشتري، لا إلى التَّحالُف[٢]؛ يعني: أنَّهما لا يتحالفان، ويكونُ القولُ قولَ المشتري مع يمينِه، إلَّا أن يرضى البائعُ أن يأخُذَ الحيَّ، ولا يُخاصمَه في الهالك، فحينئذٍ لا يُحَلَّفُ المشتري؛ لأنَّه إنَّما يُحَلَّفُ إذا كان منكِرًا ما يدَّعيه البائع، فإذا أخذَ البائعُ الحيَّ صُلحًا عن جميع ما ادَّعاه على المشتري: فلا حاجةَ إلى تحليف المشتري.

---

[١] قولُه: (ولا بعدَ هَلاكِ بَعضِهِ) وصورتُه: أنَّه باعَ عبدَينِ صفقةً واحدةً، ثمَّ هلكَ أحدُهما عند المشتري، ثمَّ اختلفا في الثَّمن.

[٢] قولُه: (إلى التَّحالُف) قيل: هذا إذا هلكَ بعضُه بعد القبض، وإن هلكَ قبله: يتحالفانِ بالاتِّفاق، وكذا لو ردَّ أحدُهما(١) بعيبٍ؛ لأنَّ الكلَّ يعودُ إلى مِلكه، فلا يؤدِّي إلى تفريق صفقةٍ على البائع، كذا في «التَّبيين»(٢).

---

(١) أي: أحد العبدَين المبيعَين بصفقةٍ (مِنهُ).

(٢) «تبيين الحقائق»: (٤/ ٣١٠).

(ولا في بَدَلِ الكِتابَةِ[١]، ولا في رَأسِ المالِ بعدَ إقالَتِه(١)، وصُدِّقَ المُسلَمُ إليهِ إنْ حَلَفَ، ولا يَعودُ السَّلَمُ) أي: أقالا عقدَ السَّلَم، فوقع الاختلافُ في رأس المال، والقولُ للمسلَم إليه، ولا تحالُف؛ لأنَّه إن(٢) تحالَفا: تنفسخُ الإقالةُ(٣) ويعودُ السَّلَم، وذا لا يجوز؛ لأنَّ إقالةَ السَّلمِ إسقاطُ الدَّين، والسَّاقطُ لا يعود[٢].

(ولوِ اختَلَفا في قَدرِ الثَّمَنِ بعدَ إقالَةِ البَيعِ: تَحالَفا، وعادَ البَيعُ) فإنَّهما إذا تحالَفا: تنفسخُ الإقالة، ويعودُ البيع، وذا غيرُ ممتنعٍ[٣].

---

[١] قولُه: (ولا في بَدَلِ الكِتابَةِ) يعني: إذا اختلفَ المولى والمكاتَبُ في مال الكتابة: لم يتحالفا عند الأعظم، وقالا: يتحالفانِ وتُفسَخُ الكتابة، وهو قولُ الشَّافعيِّ(٤)، ودليلُ الفريقَينِ مذكورٌ في «الهداية»(٥).

[٢] قولُه: (والسَّاقطُ لا يعود)؛ لأنَّ الإقالةَ في باب السَّلَمِ ليس ببيعٍ؛ بل هو إبطالٌ من كلِّ وجهٍ، فإنَّ ربَّ السَّلَمِ لا يملكُ المسلَمَ فيه بالإقالة، بل يسقط، فلم يكنْ [فيها](٦) معنى البيعِ حتَّى يتحالفا(٧)، فاعتُبِرَ فيه حقيقةُ الدَّعوى، والمسلَمُ إليه هو المنكِر، فكان القولُ له، ولا يعودُ السَّلَم.

[٣] قولُه: (وذا غيرُ ممتنعٍ)؛ لأنَّه عينٌ، فأمكنَ عودُه إلى مِلك المشتري.

---

(١) أي: إذا أسلم عشرة دراهم في كرِّ برٍّ ثمَّ تقايلا، ثمَّ اختلفا في قدر رأس المال بعد الإقالة، فقال المسلم إليه: «كان رأس المال خمسةً»، وقال ربُّ السَّلم: «لا بل عشرةً». «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٣٧).

(٢) في (ش٢) و(ش٤): «لما».

(٣) ف (ش١): «البيع».

(٤) يُنظَر: «المهذَّب» للشِّيرازيِّ: (٢/ ٣٩٣)، و«البيان» للعمرانيِّ: (٨/ ٥٠٣).

(٥) وشروحها، لا سيَّما «العناية»: (٨/ ٢٣٤)، و«الغاية»: (١٢/ ١٧٦) (مِنهُ).

(٦) في جميع النُّسخ: «فيه»، والمثبت من «تبيين الحقائق»: (٤/ ٣١٠)، والنَّقل منه.

(٧) في (ح٥): «يتحالفان».

[الاختلافُ في بدلِ الإجارةِ أو المَنفعة]

(ولوِ اختَلَفا في بَدَلِ الإجارَةِ[١] أوِ المَنفَعَةِ[٢] قبلَ قَبضِها[٣]: تَحالَفا وتَرادَّا، وحُلِّفَ المُستَأجِرُ أوَّلًا إنِ اختَلَفا في الأُجرَةِ، والمُؤَجِّرُ[٤] إنِ اختَلَفا في المَنفَعَةِ، وأيٌّ نكَلَ: ثَبَتَ[٥] قَولُ صاحِبِهِ، وأيٌّ بَرهَنَ: قُبِلَ.

وإن بَرهَنا[٦]: فحُجَّةُ المُؤَجِّرِ أَولى إنِ اختَلَفا في الأُجرَةِ، وحُجَّةُ المُستَأجِرِ أَولى إنِ اختَلَفا في المَنفَعَةِ)؛ لأنَّ حُجَّةَ المؤجِّرِ تُثبِتُ زيادةَ الأجرة، وحُجَّةَ المستأجِرِ تُثبِتُ زيادةَ المنفعة، والحُجَجُ للإثبات (وحُجَّةُ كُلٍّ في فَضلٍ يَدَّعيهِ إنِ اختَلَفا فيهِما[٧]) كما إذا قال المؤجِّر: «أجَّرتُ سنةً بمئتَين»، وقال المستأجر: «لا، بل أجَّرتَ سنتَينِ بمئةٍ»، وأقاما البيِّنَةَ: يثبُتُ في سنتَينِ بمئتَين.

(ولا تَحالُفَ إنِ اختَلَفا بعدَ قَبضِ المَنفَعَةِ، والقَولُ للمُستَأجِرِ) أي: إذا اختلَفا في قدر الأجرةِ بعدَ قبض المنفعة: فلا تحالُف، والقولُ للمستأجر؛ لأنَّه منكِرٌ للزِّيادة، وهذا ظاهرٌ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف؛ لأنَّ التَّحالفَ بعدَ قبض المبيعِ على خلاف القياس؛ فلا تُقاسُ الإجارةُ على البيع، فإنَّ التَّحالفَ في الإجارة يثبُتُ قياسًا على البيع.

....

(١) أي: إذا وقع الاختلاف في الأجرة، بأن قال المستأجر: «هي خمسةٌ»، وقال المؤجِّر: «عشرةٌ».
(٢) أي: إن قال المؤجِّر: «مدَّة الإجارة شهرٌ»، وقال المستأجر: «مدَّتها شهران».
(٣) أي: قبل استيفاء المنفعة.
(٤) أي: بدأ بيمين المؤجِّر.
(٥) في (م١) و(م٢): «يثبت».
(٦) أي: إن أقاما البيِّنة. ينظر لها ولِما مرَّ: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٣٩).
(٧) أي: في الأجرة والمنفعة.

وأمَّا عند محمَّدٍ: فلأنَّ البيعَ ينفسخُ بقيمة الهالك، وههنا ليس للمنافع قيمةٌ.

(وبعدَ قَبضِ بَعضِها: تَحالَفا، وفُسِخَت فيما بَقيَ، والقَولُ للمُستَأجِرِ فيما مَضى) فإنَّ الإجارةَ تنعقدُ ساعةً فساعةً، فكأنَّها تنعقدُ بعقودٍ مختلفةٍ، ففيما بقيَ يتحالفانِ قياسًا على البيع، وفيما مضى: لا، بلِ القولُ فيه للمنكِر، وهو المستأجِر.

[مِلكية متاعِ البيت حالَ الاختلاف أو الموت]

(وإنِ اختلَفَ(١) الزَّوجانِ في مَتاعِ البَيتِ(٢): فلها ما صَلَحَ لها، ولهُ ما صَلَحَ له أو لهُما) أي: إنِ اختلَفا ولا بيِّنةَ لأحدهما(٣): فما صلَحَ للنِّساء[١]: يكونُ للمرأة مع يمينِها، وما صلَحَ للرِّجال، أو للرِّجال والنِّساءِ: يكونُ للرَّجل مع يمينِه.

---

[١] قولُه: (فما صلَحَ للنِّساء) يعني: أنَّ القولَ فيما يصلحُ لها فقط؛ كالخمارِ(٤) والوقاية وهي المِعْجَرةُ(٥)، وكالخَلْخَال(٦) ونحوِها(٧): قولُ المرأةِ مع يمينِها؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ لها.

وفيما يصلحُ له فقط؛ كالعِمامة، والقَلَنْسوة، والقَباء(٨)، والطَّيلَسان(٩)، والسِّلاح، والمِنْطَقَة، والكُتُب، والقوس(١٠)، ونحوِها: قولُ الزَّوجِ معَ يمينِه بشهادة الظَّاهرِ له.

---

(١) في (م٢): «اختلفا».

(٢) بأن ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما أنَّ المتاع له.

(٣) في (ش٤): «لأحد».

(٤) وهو - بكسر الخاء المعجمة -: المقنَّعة، كذا في «الأسماء» (مِنهُ).

(٥) بكسر الميم، وسكون العين المهملة، وفتح الجيم والرَّاء المهملة، كذا في «الدُّستور»: (٥٤١) (مِنهُ).

(٦) بفتح الخاءين المعجمتين، بينهما لامٌ ساكنةٌ، بالفارسيَّة: ابركان باي، وبالتُّركيِّ: آياق بلزوكي (مِنهُ).

(٧) مثل الملحفة، بالفارسيَّة: جادرشب (مِنهُ).

(٨) يقال بالتُّركيِّ: قفتان (مِنهُ).

(٩) رداء، بدرك بيوسته (مِنهُ).

(١٠) أي: آلة الحرب.

(وإن ماتَ أحدُهُما: فالمُشكِلُ للحَيِّ) **المرادُ بالمُشكِل: ما يصلُحُ للرِّجال والنِّساء: فهو للحيِّ مع يمينِه، هذا عند أبي حنيفة.**

وقال أبو يوسُف: يُدفَعُ إلى المرأة ما يُجهَّزُ به[1] مثلُها، والباقي للزَّوج مع

إلَّا إذا كان كلٌّ واحد منهما يعملُ أو يبيعُ ما يصلُحُ للآخر؛ مثلَ كونِ المرأةِ دلَّالةً تبيعُ ثيابَ الرِّجال، أو تاجرةً تتَّجرُ في ثيابهم، وكونِ الرَّجلِ صائغًا(١) أو دَلَّالًا، فعنده أساورُ وخواتيمُ(٢) النِّساءِ والحليُّ ونحوُها.

والقولُ له أيضًا فيما يصلحُ لها؛ كالفِراش، والآنية، والرَّقيق، والمنزل، والعقار، والمواشي(٣)، والنُّقود(٤)؛ لأنَّ المرأةَ وما في يدها في يد الزَّوج، فكان الأموالُ كلُّها في يده، والقولُ في الدَّعاوى(٥) لصاحب اليد، ولا فرقَ بينَ ما إذا كان الاختلافُ في حال قيامِ النِّكاحِ أو بعد الفُرقة.

[١] **قولُه**: (ما يُجهَّزُ به) أي: ممَّا يصلحُ لها؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ المرأةَ تأتي بالجَهاز، وهذا ظاهرٌ قويٌّ؛ لجريان العادة، فيبطلُ به ظاهرُ الزَّوج، وأمَّا في الباقي: فلا معارِضَ لظاهره، فكان معتبَرًا(٦).

---

(١) يقال بالفارسيَّة: زركر، وبالتُّركيِّ: قويمجي (مِنهُ).

(٢) جمع خاتم، يُقال بالتُّركيِّ: يوزك (مِنهُ).

(٣) كالفرَس والشَّاة (مِنهُ).

(٤) كالدَّراهم والدَّنانير (مِنهُ).

(٥) أي: فيما تنازع اثنان (مِنهُ).

(٦) هذا ما عليه أكثر المعتبَرات من شروح «الهداية» و«الوقاية»، لكن يحمل بعض شرَّاح «المجمَع» على المشكِل فقط، فالتَّوفيق يحتاج إلى تأمُّلٍ، فتأمَّل حيث قال المولى النِّظام الدِّين: ((أي: المتاع الصَّالح لها)) (مِنهُ). يُنظر: من شروح «الهداية»: «العناية»: (٨/ ٢٣٧)، ومن شروح «الوقاية»: «الكوسجيَّة»: (ق: ٢٤٣)، ومن شرَّاح «المجمَع»: «شرح ابن ملَكٍ»: (ص ٦٩٠).

يمينه، والحياةُ والموتُ[١] سواءٌ؛ لقيام الورثةِ مقامَ المورِّث.

وعند محمَّدٍ: إن كانا حيَّينِ: فكما قال أبو حنيفةَ[٢]، وبعد الموت: ما يصلحُ لهما لورَثة الزَّوج[٣].

(وإن كانَ أَحَدُهُما عَبدًا[٤]: فالكُلُّ[٥] للحُرِّ في الحَياةِ، وللحَيِّ[٦] بعدَ المَوتِ)

[١] وقولُه: (والحياةُ والموتُ) أقول: هذا من تتمَّة كلامِ الثَّاني، ولكنَّ عدولَ الشَّارحِ من لفظ الطَّلاقِ الواقعِ في المطوَّلات إلى الحياة: لا يخلو عنِ الإشارة إلى أنَّ الأمرَ في حال قيامِ النِّكاحِ كذلك عنده، فليُتأمَّلْ.

[٢] قولُه: (فكما قال أبو حنيفةَ) يعني: المُشكلَ للرَّجل؛ لأنَّ المرأةَ وما في يدها... إلخ.

[٣] وقولُه: (لورَثةِ الزَّوج)؛ لقيامهم مقامَه.

[٤] قولُه: (وإن كان أحدُهُما عَبدًا) أي: سواءٌ كان محجورًا أو مأذونًا.

أقول: لا بدَّ أن يُحمَلَ لفظُ العبدِ على المعنى الشَّاملِ للأنثى، فما وجهُ عدولِ الشَّارحِ عنِ المملوك الذي أوردَه أكثرُ الفضلاء؟ فليُتأمَّلْ.

[٥] قولُه: (فالكُلُّ) يعني: ما صلَحَ لكلِّ واحدٍ منهما على حدَةٍ، وما صلَحَ لهما معًا: للحرِّ(١).

[٦] قولُه: (وللحَيِّ) حرًّا كان أو مملوكًا بعد الموت؛ لأنَّه لا يدَ للميِّت، فخلَت يدُ الحيِّ عنِ المعارِض، كذا في المطوَّلات(٢).

---

(١) في (ح٥): «للحيِّ».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٣٨).

وعندهما: العبدُ المأذونُ[1] والمكاتَبُ كالحرِّ.

ذخيرة العقبى

وههنا إشكالٌ متَّضحُ الورود، وهو أنَّ هذا الدَّليلَ متمَشٍّ(١) في الزَّوجَينِ الحرَّينِ إذا ماتَ أحدُهما، معَ أنَّ الأعظمَ لا يُعطي هناك للحيِّ إلَّا المُشكلَ فقط، ويُعطي ما يختصُّ بالميت لورثته، وههنا يُعطيه والمُشكلَ أيضًا للحيِّ وإن كان قِنًّا معَ أنَّ الظَّاهرَ عكسُه، فإنَّ الرِّقَّ لا يُقوِّي اليد؛ بل يُضعفُها، يؤيِّدُ هذا الإشكالَ ما نقلَه شرَّاحُ «الهداية»(٢) من شمس الأئمَّةِ السَّرَخسيِّ، حيثُ قال(٣): ((للحرِّ بعد الموت)) بالرَّاء دونَ الياء، وفي بعضِ النُّسخ: «للحيِّ منهما»، وهو سهوٌ(٤).

وجهُ التَّأييد: أنَّ نسبتَه إلى السَّهو لعلَّه لورود هذا الإشكالِ عليه(٥).

[١] قولُه: (وعندهما: العبدُ المأذونُ) أي: المأذونُ له في التِّجارة، والمكاتَبُ بمنزلة الحرِّ؛ لأنَّ لهما يدًا معتبَرةً في الخصومات، ولهذا لوِ اختصمَ(٦) الحرُّ والمكاتَبُ في شيءٍ في أيديهما: قُضيَ به بينَهما؛ لاستوائهما في اليد، ولو كان في يد ثالثٍ، وأقاما البيِّنَةَ: استويا فيه، فكما لا يترجَّحُ الحرُّ بالحرِّيَّة في سائر الخصومات: فكذلك في متاع البيت.

والجوابُ: أنَّ اليدَ على متاع البيتِ باعتبار السُّكنى فيه، والحرُّ في السُّكنى أصلٌ دونَ المملوك، فلا تعارضَ بينَهما.

(١) في (ح٥): «متمثِّل».
(٢) نقله الأكمل في «العناية»: (٨/ ٢٣٨).
(٣) «المبسوط»: (٥/ ٢١٥).
(٤) فلا بدَّ من تخصيص هذا أو تعميم ذاك والفرق بينهما، هذا تفصيل ما أوجزه ابن سَماونَه: (ق: ٤٠٧) (مِنهُ).
(٥) كذا في تقرير «التَّسهيل»: (ق: ٤٠٧) (مِنهُ).
(٦) أي: إن كان المولى مع مكاتبه (مِنهُ).

فصلٌ

[فيمَن لا يكونُ خصمًا]

(ولو قالَ ذو اليَدِ(١): «هذا الشَّيءُ أودَعَنيهِ»، أو: «أعارَنيهِ»، أو: «آجَرَنيهِ»، أو: «رَهَنيهِ(٢) زَيدٌ»، أو: «غَصَبتُهُ منهُ»، وبَرهَنَ عليهِ: سَقَطَت خُصومَةُ المُدَّعي)؛ لأنَّ يدَ هؤلاء ليست يدَ خصومةٍ.

(وإنْ قالَ(٣): «اشتَرَيتُهُ(٤) مِنَ الغائبِ»، أو قالَ المُدَّعي: «غَصَبتُهُ»، أو: «سَرَقتُهُ»، أو: «سُرِقَ مِنِّي»: لا(٥)، وإن بَرهَنَ ذو اليَدِ على إيداعِ زَيدٍ)؛ لأنَّ ذا اليدِ إذا قال: «اشتريتُه مِنَ الغائب»: فقد أقرَّ أنَّ يدَه يدُ خصومةٍ، فلا تسقطُ عنه الخصومة.

وكذا إنِ ادَّعى المدَّعي الفعلَ على ذي اليد؛ كما إذا قال: «غصبتَه منِّي»[١]، أو: «سرقتَه منِّي»: لا تسقُطُ عنه الخصومة.

ذخيرة العقبى

فصلٌ

[فيمَن لا يكونُ خصمًا]

[١] **قولُه**: (كما إذا قال: «غصبتَه منِّي»... إلخ) صريحٌ في أنَّ «منِّي» في قول المصنِّفِ: «أو: سُرِقَ منِّي» متعلِّقٌ بكلِّ واحدٍ من: «غصبتُه» و«سرقتُه» أيضًا، وإنَّما غيَّرَ الأسلوبَ في «سُرِق»؛ إشعارًا بأنَّ الخلافَ المذكورَ بقوله: «عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف» مختصٌّ به، كما يُفصحُ عنه أسلوبُ «الهداية» أيضًا(٦).

---

(١) أي: المدَّعى عليه.
(٢) في (م٢): «رهننيه».
(٣) أي: المدَّعى عليه.
(٤) في (م١) و(م٢): «شريته».
(٥) أي: لا تسقط الخصومة.
(٦) حيث قال (٣/ ١٦٦): ((وكذا إذا قال: «آجِرنيه»، وأقام البيِّنة... إلخ)) (مِنهُ).

وكذا إذا قال[١]: «سُرِقَ منِّي»، وقال ذو اليد: «أودعَنيه فلانٌ» وأقامَ البيِّنةَ[٢]: لا تسقطُ عنه الخصومةُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف.

وعند محمَّدٍ: تسقط.

(كما لو قالَ الشُّهودُ: «أودَعَهُ مَن لا نَعرِفُهُ») فإنَّه لا تندفعُ الخصومة؛ لاحتمال أن يكونَ المدَّعي هو الذي أودعَه عنده.

(بخِلافِ قَولِهِم: «نَعرِفُهُ بوَجهِهِ، لا باسمِهِ ونَسَبِهِ») تسقطُ الخصومةُ عند أبي حنيفة، فإنَّ الشُّهودَ عالمونَ بأنَّ المودِعَ ليس هو المدَّعي.

وعند محمَّدٍ: لا تسقطُ الخصومة؛ حيثُ لم يذكُروا شخصًا معيَّنًا أودعَه عنده.

(ولو قالَ: «ابتَعتُهُ مِن زَيدٍ») أي: قال المدَّعي: «اشتريتُه من زيدٍ» (وقالَ ذو اليَدِ: «أودَعَنيهِ هو»: سَقَطَت بلا حُجَّةٍ، إلَّا إذا بَرهَنَ المُدَّعي أنَّ زَيدًا وَكَّلَهُ بقَبضِهِ) فإنَّ المدَّعيَ إذا قال: «إنَّه اشتراه من زيدٍ»: فقد أقرَّ أنَّه وصلَ إلى ذي اليد من جهته، فلا تكونُ يدُه يدَ خصومةٍ إلَّا إذا أثبتَ الوكالةَ بقبضه.

هذه المسائلُ تُسمَّى: مخمَّسةَ كتابِ الدَّعوى؛ لأنَّها خمسُ صورٍ، وهي: ١-الإيداع، ٢- والإعارة، ٣- والإجارة، ٤- والرَّهن، ٥- والغصب.

وأيضًا فيها خمسةُ أقوالٍ:

١- فعند ابنِ شُبرُمة: لا تندفعُ الخصومة.

(١) أي: المدَّعي.

(٢) قوله: «وأقام البينة»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤).

٢- وعند ابنِ أبي ليلى: تندفعُ بلا بيِّنةٍ.

٣- وعند أبي يوسُف: إن كان ذو اليدِ رجلًا صالحًا: تندفعُ الخصومة، لا إن كان معروفًا بالحيَل؛ لإمكان أن يدفعَ ما في يده إلى مَن يغيبُ عنِ البلد، ويقولَ له: «أودِعه عندي بحضرة الشُّهود؛ كيلا يُمكِنَ لأحدٍ الدعوى عليَّ[1]».

٤- وعند محمَّدٍ: لا تندفعُ[2] إذا قالوا[3]: «نعرِفُه بوجهه، لا باسمه ونسبِه».

٥- وعند أبي حنيفةَ: تندفعُ الخصومةُ بالبيِّنة، كما ذكَرنا.

(١) في (ش٣): «عليه».

(٢) في (ش٢) زيادة قوله: «بقول الشهود».

(٣) في (ش٤) زيادة: «الشهود».

بابُ دَعوى الرَّجلَين

(حُجَّةُ الخارِجِ(١) في المِلكِ المُطلَقِ[١] أحَقُّ من حُجَّةِ ذي اليَدِ وإن وَقَّتَ أحَدُهُما فقط(٢)).

اعلم أنَّ حُجَّةَ الخارجِ عندنا أحقُّ من حُجَّةِ ذي اليد.

وعند الشَّافعيِّ: حجَّةُ ذي اليدِ أحقُّ(٣)[٢].

ثمَّ إن وقَّتَ أحدُهما فقط: فعند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ: الخارجُ أحقُّ.

ذخيرة العقبى

بابُ دعوى الرَّجلَين

[١] قولُه: (في المِلكِ المُطلَقِ) احترازٌ عنِ المِلك المقيَّدِ بدعوى النِّتاجِ ونحوِه؛ لأنَّ فيها تُقبَلُ بيِّنةُ ذي اليدِ إجماعًا كما سيأتي، كذا في «النِّهاية»(٤).

[٢] قولُه: (حُجَّةُ ذي اليدِ أحقُّ) لنا: أنَّ بيِّنةَ ذي اليدِ أقلُّ إثباتًا؛ لأنَّه أثبتَ المِلكَ لا اليد، وبيِّنةُ الخارجِ أكثرُ إثباتًا؛ لأنَّه أثبتَ المِلكَ واليد، فيكونُ أولى بالقَبول؛ لأنَّ البيِّناتِ للإثبات، فترجَّحَتْ بكثرتها.

---

(١) أي: الخارج عن التَّصرُّف. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ١٦٩).

(٢) أي: أنَّ الخارج عن التَّصرُّف إذا ادَّعى ملكًا مطلقًا، بأن قال في دعواه: «إنَّ هذا ملكي»، ولم يبيِّن سبب ملكه كالشِّراء والهبة والإرث، وأقام بيِّنةً على ذلك، وذو اليد أيضًا أقام بيِّنةً على الملك، فبيِّنة الخارج أحقُّ من بيِّنة ذي اليد، ويقضى به للخارج.

والمراد بالخارج: من لم يكن ذا يدٍ؛ لأنَّه خارجٌ عن يده، فأسند إلى المدَّعي تجاوزًا، وقيِّد بالمطلق لاستوائها في المقيَّد بالسَّبب. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ١٦٩).

(٣) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٥/ ٢٩٤).

(٤) «النِّهاية شرح الهداية»: (٨/ ٣١٥).

وعند أبي يوسُف: صاحبُ الوقتِ أحقُّ.

(ولو بَرهَنَ خارِجانِ على شَيءٍ: قُضيَ بهِ لهُما) هذا عندنا.

وعند الشَّافعيِّ(١): تهاتَرَتِ[١] البيِّنتان.

(فإن بَرهَنا في نِكاحٍ: سَقَطا)؛ لامتناع الجمعِ بينهما، بخلاف المِلك، فإنَّ الشَّركةَ فيه ممكنٌ (وهي(٢) لمَن صَدَّقَته، وإن أرَّخا: فالسَّابِقُ أحقُّ، فإن أقَرَّت لمَن لا حُجَّةَ لهُ: فهي لهُ(٣)، فإن بَرهَنَ الآخَرُ: قُضيَ لهُ(٤)، فإن(٥) بَرهَنَ أحَدُهُما وقُضيَ لهُ، ثمَّ بَرهَنَ الآخَرُ: لم يُقضَ لهُ(٦) إلَّا إذا ثَبَتَ(٧) سَبْقُهُ.

كما لم يُقضَ لحُجَّةِ(٨) الخارِجِ على ذي يَدٍ ظَهَرَ نِكاحُهُ إلَّا إذا أثبَتَ سَبْقَهُ) أي: إذا كانتِ امرأةٌ في يد رجلٍ، ونكاحُه ظاهرٌ، وادَّعى الخارجُ أنَّها زوجتُه، وأقامَ البيِّنة: لم يُقضَ له إلَّا إذا أثبتَ أنَّ نكاحَه سابقٌ.

---

[١] قولُه: (تهاتَرَت) أي: تساقطَتْ، منَ الهِتر - بكسر الهاء -، وهو السَّقَطُ منَ الكلام والخطأُ فيه، كذا في «العناية»(٩).

---

(١) ينظر: «التَّنبيه»: (ص ٢٦٢).

(٢) أي: المرأة لمن صدَّقته. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ١٧٤).

(٣) أي: إن أقرَّت لأحدهما قبل إقامة البيِّنة: فهي امرأته؛ لتصادقهما عليه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٤٧).

(٤) أي: إن أقام الآخر بيِّنته قضي بها؛ لأنَّ البيِّنة أقوى من الإقرار. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٤٧).

(٥) في (م١) و(م٢): «ولو».

(٦) أي: إذا ادَّعيا على امرأةٍ نكاحًا، فأقام أحدهما البيِّنة، وقضي له بها، ثمَّ برهن الآخر بيِّنةً أنَّها امرأته: لم يحكم بها للثَّاني. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٤٧).

(٧) في (م١): «إذ ثبت»، وفي (م٢): «إذا أثبت».

(٨) في (م١): «بحجة»، وفي (م٢): «حجة».

(٩) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٤٥).

(فإن بَرهَنا على شِراءِ شَيءٍ[١] مِن ذي يَدٍ: فلكُلٍّ نِصفُهُ بنِصفٍ، أو تَركُهُ) أي: لكلٍّ واحدٍ منهما الخيار؛ إن شاء: أخذَ نصفَ ذلك الشَّيءِ بنصف الثَّمن[٢]، وإن شاء: تركَ[٣] (وبتَركِ أحَدِهما بعدَما قُضِيَ[٤] لهُما: لم يَأخُذِ الآخَرُ كُلَّهُ).

(وهو للسَّابِقِ إن أرَّخا) أي: ذكَرا للشِّراء من ذي اليدِ تاريخًا.

(ولذي يَدٍ إن لم يُؤَرِّخا، أو أَرَّخَ أَحَدُهُما، ولذي وَقتٍ إن وَقَّتَ أَحَدُهُما فقط(١) ولا يَدَ لهُما) أي: إن أرَّخا: فالسَّابقُ أحقُّ، وإن لم يُؤرِّخا، أو أرَّخَ أحدُهما: فإن كان في يد أحدِهما: فذو اليدِ أَولى[٥]، وإن لم يكُن في يد أحدِهما: فإن وقَّتَ أحدُهما: فهو أحقُّ، وإن لم يوقِّت أحدُهما: فقد مرَّ أنَّ لكلٍّ نصفَه بنصف الثَّمن، أو ترْكَه.

[١] قولُه: (فإن بَرهَنا على شِراءِ شَيءٍ) أي: من غير توقيتٍ.

[٢] قولُه: (أخذَ نصفَ ذلك الشَّيءِ بنصفِ الثَّمن) أي: الذي شهدَ به بيِّنتُه، ورجعَ على البائع بنصف ثمنِه إن كان قد نقدَه؛ لاستوائهما في الدَّعوى والحُجَّة.

[٣] قولُه: (وإن شاءَ: تركَ)؛ لأنَّ شرطَ العقدِ الذي يدَّعيه - وهو اتِّحادُ الصَّفقةِ - قد تغيَّرَ عليه، فلعلَّ رغبتَه في تملُّك الكلِّ ولم يحصلْ، فيردُّه ويأخذُ كلَّ الثَّمن.

[٤] قولُه: (بعدَما قُضِيَ) بخلاف ما إذا تركَ قبل القضاء، حيثُ يكونُ للآخر أن يأخذَ الجميع؛ لأنَّ حُجَّتَه قائمةٌ، ولم يُفسَخْ سببُه، والمزاحَمةُ منتفيةٌ، كذا فُهِمَ من «الهداية»(٢).

[٥] قولُه: (فذو اليدِ أَولى)؛ لأنَّ تمكُّنَه من قبضه يدلُّ على سبق شرائه.

(١) في (ش٢) زيادة: «لا الآخر».
(٢) «الهداية»: (٣/ ١٦٨).

(والشِّراءُ أحَقُّ مِن هِبَةٍ وصَدَقَةٍ معَ قَبضٍ) أي: إذا قال أحدُهما: «اشتريتُه من زيدٍ[١]»، وقال الآخَر: «وهبَ لي زيدٌ وقبضتُه»، أو: «تصدَّقَ(١) عليَّ زيدٌ وقبضتُه»، برهَنا(٢): فمدَّعي الشِّراءِ أحقُّ.

(والشِّراءُ والمَهرُ سَواءٌ[٢].

ورَهنٌ معَ قَبضٍ: أحَقُّ من هِبَةٍ معَهُ(٣).

---

[١] قولُه: («اشتريتُه من زيدٍ») ذُكِرَ زيدٌ مرَّتَينِ؛ إشارةً إلى قول صاحبِ «الهداية»(٤): ((معناه: من واحدٍ))، احترازًا عمَّا إذا كان ذلك من اثنَينِ؛ كزيدٍ وعمرٍو مثلًا كما سيجيء، وأقاما بيِّنةً، ولا تاريخَ معَهما: فالشِّراءُ أَولى؛ لأنَّه لكونه معاوضةً منَ الجانبَينِ كان أقوى.

[٢] قولُه: (والمَهرُ سَواءٌ) صورتُها: ادَّعى رجلٌ شراءَ عينٍ من ذي اليد، وادَّعتِ امرأةٌ أنَّ ذا اليدِ تزوَّجَها على ذلك العين، فهما سواءٌ؛ لاستواء السَّببَينِ في القوَّة؛ لأنَّ كلًّا منهما مثبِتٌ للمِلك، ثمَّ للمرأة نصفُ العين، ونصفُ قيمةِ العينِ على الزَّوج؛ لأنَّ نصفَ المسمَّى صارَ مستحَقًّا، وللمشتري نصفُ العين، ويرجعُ بنصف الثَّمنِ إن شاء، وإن شاء: فسخَ البيعَ لتفرُّق الصَّفقةِ عليه، وهذا عند أبي يوسف، وقال محمَّدٌ: الشِّراءُ أَولى، ولها على الزَّوج قيمةُ العين.

---

(١) في (ش١): «تصدقه»، وفي (ش٣): «تصدق به».
(٢) في (ش١) و(ش٥): «فبرهنا».
(٣) أي: مع القبض.
(٤) «الهداية»: (٣/ ١٦٨).

فإن بَرهَنَ خارجانِ على مِلكٍ مُؤَرَّخٍ(١)، أو شِراءٍ مُؤَرَّخٍ مِن واحِدٍ(٢)[١]، أو خارِجٌ على مِلكٍ مُؤَرَّخٍ، وذو يَدٍ على مِلكٍ أقدَمَ: فالسَّابِقُ أحَقُّ(٣).

وإن برهَنا على شِراءٍ(٤) مُتَّفِقٍ تاريخُهُما مِن آخَرَ) أي: قال أحدُهما: «اشتريتُه من زيدٍ»، وقال الآخَر: «اشتريتُه من عمرٍو» (أو وَقَّتَ أحَدُهُما فقط: استَوَيا(٥) **فالحاصل**: أنَّه إذا وقَّتَ أحدُهما فقط، وتلقَّيا من واحدٍ: فصاحبُ الوقتِ أحقُّ، وإن تلقَّيا منَ اثنَين: فهما سواءٌ.

(وإن بَرهَنَ خارِجٌ على المِلكِ، وذو اليَدِ على شِراءٍ منهُ(٦)، أو بَرهَنا على

[١] **قولُه**: (مِن واحِدٍ) إنَّما قيَّدَ به؛ لأنَّ في الشِّراء من اثنَينِ استويا كما سيجيءُ متَّصلًا بهذا.

---

(١) أي: إن ادَّعيا مِلكًا في يد آخَر، وأقاما البيِّنة وأرَّخا: فصاحب الأسبق أَولى. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٥٢).

(٢) أي: إذا ادَّعيا الشِّراء من واحدٍ غير ذي اليد، وأقاما البيِّنة على التَّاريخين: فالأوَّل الأولى. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٥٢).

(٣) أي: إذا ادَّعى رجلٌ على ذي اليد أنَّ الملك الذي في يده له، وأقام البيِّنة على ذلك، وأقام ذو اليد بيِّنةً على أنَّ الملك له، وتاريخه أقدم: كان ذو اليد أَولى؛ لأنَّه أثبت لنفسه الملك في زمانٍ لا ينازعه، فيقضي بالملك له، ثمَّ لا يقضى بعده لغيره. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٥٢).

(٤) في (ش٢) و(م١) و(م٢) زيادة: «مؤرخ»، وفي (ش٥) زيادة: «شيء».

(٥) في نُسخ المتن (م١) و(م٢) زيادة: «ولو برهن خارجٌ، وذو يد على ملكٍ مطلقٍ، ووقَّتَ أحدهما فقط، فالخارج أحقُّ». ولم أقف على هذا الزِّيادة موجودةً في النُّسخة المطبوعة مع «الإصلاح»، ولا في تحقيق أ. أحمد الشحادة.

وجاءتْ مزادةً أيضًا في نسختين من الشَّرح (ش١) و(ش٢): بعد قوله: «فذو اليَدِ أحَقُّ».

(٦) أي: إن أقام الخارج البيِّنَة على الملك، وأقام ذو اليد البيِّنة على الشِّراء من الخارج.

سَبَبِ مِلكٍ لا يَتكَرَّرُ[١]؛ كالنِّتاجِ[٢]، وحَلَبِ لَبَنٍ، واتِّخاذِ جُبنٍ، أو لِبدٍ(١)، أو جَزِّ(٢) صوفٍ: فذو اليَدِ أحَقُّ.

ولو بَرهَنَ كُلٌّ على الشِّراءِ مِنَ الآخَرِ بلا وَقتٍ: سَقَطا، وتُرِكَ المالُ في يَدِ مَن معَهُ) أي: برهنَ كلُّ واحدٍ من ذي اليدِ والخارجِ على الشِّراء من صاحبه، ولم يذكُرا تاريخًا: سقطَ البيِّنتان(٣)، وتُرِكَ المالُ في يد صاحبِ اليد(٤).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (لا يَتكَرَّرُ) إنَّما قيَّدَ بالنَّفي؛ لأنَّه لو تكرَّرَ: قُضيَ به للخارج، كما في المِلك المطلق؛ كالبناء، والغرس، وزراعةِ الحِنطةِ والحبوب.

فإن أشكلَ: يُرجَعُ إلى أهل الخِبرة(٥)، لأنَّهم أعرفُ به، وإن أشكلَ عليهم: قُضيَ به للخارج، كذا في «الهداية»(٦).

[٢] **قولُه**: (كالنِّتاجِ) إلى قوله: (وجَزِّ صوفٍ).

صوَرُها: إن أقامَ كلٌّ بيِّنةً أنَّ دابَّتَه نتجَتها عنده، وأنَّ هذا اللَّبنَ حُلِبَ(٧) في مِلكه، وأنَّ هذا الجُبْنَ له صنعَه في مِلكه، وأنَّ هذا اللِّبدَ له صنعَه في مِلكه، وأنَّ هذا الصُّوفَ له قطعَه من شاته.

---

(١) اللِّبد: بكسر اللَّام وسكون الباء: كلُّ شعرٍ أو صوفٍ متلبِّدٍ بعضه على بعضٍ. «المعجم العربيُّ»: (اللِّبد).

(٢) هكذا في جميع نُسخ الشَّرح المعتمدة، أمَّا في نُسختَا المتن (م١) و(م٢): «ولِبدٍ وجزٍّ».

(٣) قوله: «سقط البينتان» في (ش٣): «سقطتا».

(٤) قوله: «صاحب اليد» في (ش٣): «من معه».

(٥) لقوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣] (مِنهُ). وجاءت هذه المنهوَّة في متن (ح٥).

(٦) «الهداية»: (٣/ ١٧٠).

(٧) الحَلَب - بفتحتين -: مصدر حلَبَ اللَّبن؛ أي: جذبه، وأخرجه من مقرِّه. =

وعند محمَّدٍ: يُقضى للخارج[١]؛ كأنَّ ذا اليدِ اشتراه أوَّلًا، ثمَّ باعَه مِنَ الخارج، ولا يُعكَس[٢]؛ لأنَّ البيعَ قبلَ القبض لا يجوزُ وإن كان في العقارِ عند محمَّدٍ.

وإنَّما قال: «بلا وقتٍ» حتَّى لو أرَّخا: ففيه تفصيلٌ مذكورٌ في «الهداية»[٣]، فطالِعها إن شئت.

[١] **قولُه**: (يُقضى للخارج) أي: يُقضى بالبيِّنتَين؛ لإمكان العملِ بهما، وذلك بأن يُجعَلَ كأنَّ ذا اليدِ قدِ اشتراها منَ الخارج وقبض، ثمَّ باعَه منه ولم يقبِضْ؛ لأنَّ القبضَ دَلالةُ السَّبق، فيكونُ للخارج.

[٢] **قولُه**: (ولا يُعكَس) أي: لا يُجعَلُ كأنَّ الخارجَ اشترى ذلك العينَ من ذي اليدِ أوَّلاً، ثمَّ باعَه من ذي اليد؛ لأنَّ ذلك يستلزمُ البيعَ قبل القبض، وهذا خُلفٌ؛ لأنَّ البيعَ... إلخ، كذا في «العناية»(١).

[٣] **قولُه**: (فيه تفصيلٌ مذكورٌ في «الهداية») وهو قولُه(٢): ((وإن [وُقِّتَتِ](٣) البيِّنتانِ في العقار ولم تثبتا: قَبِضا)) إلى قوله: ((ثمَّ وصلَ إليه بسببٍ آخر)).

= والجُبن - بضمِّ الجيم وسكون الباء أو ضمِّها -: الذي يُعمَل من اللَّبن للأكل.
واللِّبْد -بوزن الجِلْد- واحد اللُّبود، واللَّبَّاد: ما يُلبَس منه للمطر، وهو بالفارسيِّ: غد.
والجَزُّ - بفتح الجيم، وتشديد الزَّاء المعجمة -: القطع.
والصُّوف -بضمِّ الصَّاد-: ما على جلد الشَّاة (مِنهُ).

(١) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٧٣).
(٢) «الهداية»: (٣/ ١٧١).
(٣) في النُّسخ: «وقت»، والمثبَت من «الهداية».

واعلم أنَّ صاحبَ «الهدايةِ» ذكرَ هذه المسألةَ من غير ضبطٍ، وأنا جمعتُها من «الذَّخيرة» مضبوطةً موجَزةً، فأقول:

إن برهَنَ المدَّعيان: فإن كانَ تاريخُ أحدِهما سابقًا: فهو أحقُّ، وإن لم يكن: فإن كان كلٌّ منهما ذا يدٍ: فهما متساويان، وكذا إن كان كلٌّ منهما خارجًا في الملك، وهذا إذا لم يؤرِّخا، أو أرَّخَ أحدُهما، أو أرَّخا ولم يكن أحدُهما سابقًا، حتَّى إن كان: فقد مرَّ أنَّ السَّابقَ أحقُّ، وكذا في الملك بسببٍ، إلَّا إذا تلقَّيا من واحدٍ وأرَّخَ أحدُهما فقط: فإنَّه أحقُّ.

وإن كان أحدُهما ذا يدٍ والآخَرُ خارجًا: فالخارجُ أحقُّ في الملك المطلَقِ شاملًا للصُّورِ المذكورة، إلَّا إذا ادَّعيا مع الملكِ فعلًا، كما إذا قال: «كلُّ واحدٍ هو عبدي أعتَقتُه»، أو: «دبَّرتُه»: فذو اليدِ أحقُّ.

بخلاف ما إذا قال: «كلُّ واحدٍ هو عبدي كاتَبتُه»: فهما سواءٌ؛ لأنَّهما خارجان؛ إذ لا يدَ على المكاتَب[١].

---

[١] **قولُه**: (إذ لا يدَ على المكاتَب) **أقول**: هناك بُعدٌ يتفطَّنُ به كلُّ مَن نظرَ فيه، وهو أنَّ عدمَ اليدِ في المعتَق المطلَقِ أظهرُ منه [في](١) المكاتَب.

أُجيبَ عنه: بأنَّ الكتابةَ عقدُ معاوضةٍ، فلا بدَّ من أهليَّة العاقدَينِ وقَبولِها [وقَبولهما](٢)، فإذا عقداها: يكونُ معتَقًا يدًا، فلا تُتصوَّرُ اليدُ عليه، فمَن قال: «إنَّه عبدي، كاتبتُه»: فقدِ اعترفَ أنَّه لا يدَ عليه، ويكونُ خارجًا بالضَّرورة، سواءٌ كان

---

(١) في جميع النُّسخ: «من»، والمثبت الصَّواب.
(٢) في جميع النُّسخ: «وقَبولها»، والمثبت الصَّواب.

ولو قال أحدُهما: «هو عبدي كاتَبتُه»، وقال الآخَر: «دبَّرتُه»، أو: «أعتقتُه»، فهذا أولى.

فالضَّابط: أنَّ كلَّ بيِّنةٍ تكونُ أكثرَ إثباتًا: فهو أحقُّ، هذا في الخارج وذي اليدِ في الملك المطلَق، وأمَّا في الملكِ بسببٍ، فإن ذكَرا سببًا واحدًا: فإن تلقَّيا من واحدٍ: فذو اليد أحقُّ، وإن تلقَّيا منَ اثنين: فالخارجُ أحقُّ شاملًا للصُّور المذكورة، وإن ذكَرا سببينِ؛ كالشِّراءِ والهبة وغيرِ ذلك: يُنظَرُ إلى قوَّة السَّبب، كما في «المتن».

(ولا يُرَجَّحُ(١) بكَثْرَةِ(٢) الشُّهودِ) فإنَّ التَّرجيحَ عندنا بقوَّة الدَّليلِ لا بكثرته[١].

(وإنِ ادَّعى أحَدُ خارِجَينِ(٣) نِصفَ دارٍ، والآخَرُ كُلَّها: فالرُّبُعُ للأوَّلِ، وقالا: الثُّلُثُ، والباقي للثَّاني).

مرادُ المدَّعي نفسَه(٤) أو ولاءَه، بخلاف التَّدبيرِ والإعتاق، فإنَّ كلًّا منهما تصرُّفٌ لازمٌ، فلا يستدعي قَبولَ العبدِ له، فحينئذٍ يجوزُ أن يكونَ العبدُ صغيرًا يكونُ في يد مولاه، أو كبيرًا لا يعرفُ(٥) عتقَه، فيكونُ في يد مولاه كما كان، فإذا قال: «هو عبدي، أعتقتُه»: فقد أثبتَ فعلًا زائدًا، فتثبتُ له الولايةُ قطعًا(٦)، فليُتأمَّلْ.

[١] **قولُه**: (لا بكثرتِه) ألا ترى أنَّ خبرَ الواحدِ لا يترجَّحُ بخبرٍ آخر، ولا الآيةُ بآيةٍ أخرى؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما علَّةٌ بنفسه، والمفسَّرُ يترجَّحُ على النَّصِّ، وهو على الظَّاهر باعتبار القوَّةِ كما عُرِفَ في أصول الفقه، والشَّهادةُ العادلةُ تترجَّحُ على

---

(١) أي: لأحد المدَّعيين.

(٢) في بعض نسخ الشَّرح: «الكثرة».

(٣) في (م١) و(م٢): «ولو أدَّعى أحد الخارجَين».

(٤) في (ح٣): «اعتقه».

(٥) في (ح٢): «لا يعلم».

(٦) في (ح٣): «مطلقًا».

اعلم أنَّ أبا حنيفةَ اعتبرَ في هذه المسألةِ طريقَ المنازعة، وهو أنَّ النِّصفَ سالمٌ لمدَّعي الكلِّ بلا منازَعةٍ، بقيَ النِّصفُ الآخَر، وفيه منازعتُهما[1] على السَّواء، فيُنصَّف، فلصاحب الكلِّ ثلاثةُ أرباعٍ، ولصاحب النِّصفِ الرُّبع.

وهما: اعتبَرا طريقَ العَولِ والمضارَبة، وإنَّما سُمِّيَ بهذا؛ لأنَّ في المسألة كُلًّا ونصفًا، فالمسألةُ منَ اثنَين، وتَعولُ إلى ثلاثةٍ، فلصاحب الكلِّ[2] سهمان، ولصاحب النِّصفِ سهمٌ، هذا هو العَول.

وأمَّا المضارَبة: فإنَّ كلَّ واحدٍ يضرِبُ بقدر حقِّه[١]، فصاحبُ الكلِّ له الثُّلثانِ مِنَ الثَّلاثة، فيضربُ الثُّلثَينِ في الدَّار، وصاحبُ النِّصفِ له ثلثٌ مِنَ الثَّلاثة، فيضربُ الثُّلثَ في الدَّار، فيحصلُ[3] له ثلثُ الدَّار؛ لأنَّ ضربَ الكسورِ بطريق الإضافة، فإنَّه إذا ضربَ الثُّلثَ في السِّتَّة، معناه: ثُلثُ السِّتَّة، وهو اثنان.

المستورة بالعدالة؛ لأنَّها صفةُ الشَّهادة، ولا تترجَّحُ بكثرة العدد؛ لأنَّها ليست بصفةٍ للشَّهادة؛ بل هي مثلُها، وشهادةُ كلِّ عددٍ نصابٌ كاملٌ.

[١] **قولُه:** (يضرِبُ بقدرِ حقِّه) أي: يأخذُ، وفي «المُغرب»[4]: ((قال الفقهاء: فلانٌ يضربُ فيه بالثُّلث؛ أي: يأخذُ منه شيئًا [بحكم ماله][5] منَ الثُّلث))، كذا في «الكفاية»[6].

(١) قوله: «منازعتهما» في (ش٣): «منازعة بينهما».

(٢) في (ش٤) زيادة: «له».

(٣) في (ش١): «فيحل».

(٤) «المغرب»: (ض ر ب).

(٥) في النُّسخ: «يحكم بماله» والمثبت من «المغرب»، و«الكفاية».

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٢٤٦).

(وإنْ كانَت معهُما: فهي للثَّاني، نِصفٌ بقَضاءٍ، ونِصفٌ لا بهِ(١)) فإنَّ الدَّارَ إذا كانت في يدهما: يكونُ النِّصفُ في يد كلٍّ منهما، فالنِّصفُ الذي في يد مدَّعي الكلِّ لا يدَّعيه الآخَر، فيُترَكُ في يده[١]، والنِّصفُ الذي في يد مدَّعي النِّصفِ يدَّعيه كلٌّ منهما، فمدَّعي الكلِّ خارجٌ، وبيِّنةُ الخارجِ أولى.

(وإن بَرهَنَ خارِجانِ على نِتاجِ دابَّةٍ، وأرَّخا: قُضيَ لمَن وافَقَ تاريخُهُ(٢) سِنَّها، فإن(٣) أشكَلَ[٢]: فلهُما) أمَّا إذا خالفَ سنُّها[٣] التَّاريخَين: بطلتِ البيِّنتان، وتركَ الدَّابَّةَ مع ذي اليد.

---

[١]**قولُه**: (فيُترَكُ في يدِه) فيكونُ له، لكنْ لا بالقضاء؛ لأنَّ القضاءَ بعد الدَّعوى، ولا دعوى ههنا، كذا فُهِمَ منَ «الهداية»(٤).

[٢]**قولُه**: (أشكَلَ) أي: اشتبهَ عددُ سنِّ الدَّابَّة، فلم يظهرْ نسبتُه إلى أحد التَّأريخَين: يُنصَّفُ بينَهما؛ لأنَّه سقطَ التَّوقيت، وصارَ كأنَّهما أقاما بها، ولا تأريخَ لهما.

[٣]**وقولُه**: (أمَّا إذا خالفَ سنُّها... إلخ) وإنَّما بطلَتا؛ لأنَّه ظهرَ كذبُ الفريقَين، وذلك مانعٌ عن قَبول الشَّهادةِ حالةَ الانفراد، فيُمنَعُ حالةَ الاجتماعِ أيضًا، وقيل: الأصحُّ ما قال به محمَّدٌ منَ الجواب، وهو كونُ الدَّابَّةِ بينَهما في الفصلَين، وهذه الرِّوايةُ مخالفةٌ لما روى أبو اللَّيثِ عن محمَّدٍ موافقًا لِما في الكتاب، ولعلَّه هو الأصحُّ، ووجهُه مذكورٌ في «الأكمليَّة»(٥).

---

(١) أي: يحكم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٣٥٧).

(٢) في (ش٤) و(ش٥) و(م١) و(م٢): «وقته».

(٣) في (م١) و(م٢): «وإن».

(٤) «الهداية»: (٣/ ١٧٠).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٧٩).

(فإن بَرهَنَ أحَدُ الخارِجَينِ على غَصبِ شَيءٍ، والآخَرُ على وَديعَتِهِ: استَوَيا) ادَّعى أحدُ الخارجَينِ على ذي اليد: «إنَّك غصبتَ هذا الشَّيءَ منِّي»، والآخرُ ادَّعى: «إنِّي أودَعتُ هذا الشَّيءَ عندك»، وبرهَنا: يُنصَّفُ بينهما لاستوائهما، فإنَّ المودَعَ إذا جحد الوديعةَ: صار غاصبًا.

ذخيرة العقبى

[فصلٌ في التّنازع بالأيدي]

(واللّابِسُ أحَقُّ من آخِذِ الكُمِّ(١)، والرَّاكِبُ(٢) مِن آخِذِ اللِّجامِ(٣)، ومَن في السَّرجِ مِن رَديفِهِ(٤)[١]، وذو حِملِها ممَّن عَلَّقَ كوزَهُ منها(٥)) أي: صاحبُ اليدِ في هذه الصُّورِ هو الأَولى.

(وجالِسُ البِساطِ والمُتَعَلِّقُ به سَواءٌ(٦)؛ كمَن معَهُ ثَوبٌ[٢] وطَرَفُهُ معَ آخَرَ(٧)).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ومَن في السَّرجِ مِن رَديفِهِ) وهو الذي يركبُ خلفَ الرَّجل، ونقلَ النَّاطفيُّ(٨) هذه الرِّوايةَ منَ «النَّوادر»، وأمَّا في ظاهر الرِّواية: فهي بينَهما نصفان، وأمَّا إذا كانا راكبَينِ في السَّرج: فإنَّها بينَهما قولًا واحدًا؛ لاستوائهما في التَّصرُّف.

[٢] قولُه: (كمن مَعَهُ ثَوبٌ) فإنَّ كلًّا منَ البِساط والثَّوبِ بينَهما نصفانِ كما بينَ

(١) صورته: إذا تنازعا في قميصٍ، أحدهما لابسه، والآخر آخذٌ بكمِّه: فاللَّابس أولى من الآخذ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠١).
(٢) في (م٢) زيادة: «أحقُّ».
(٣) صورته: إذا تنازعا في دابَّةٍ أحدهما راكبها، والآخر آخذٌ لجامها: فالرَّاكب أولى من الآخذ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠١).
(٤) صورته: إذا كان أحدهما راكبًا في السَّرج، والآخر خلفَه: فالرَّاكب أولى. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠١).
(٥) صورته: إذا تنازعا في بعيرٍ مثلًا، وعليه حملٌ لأحدهما، وللآخر كوزٌ معلَّقٌ: فصاحب الحمل أولى. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠٢).
(٦) صورته: إذا تنازعا في بساطٍ، أحدهما جالسٌ عليه، والآخر متعلِّقٌ به: فالبساط بينهما سواءٌ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠٢).
(٧) صورته: أن يكون الثَّوب بينهما نصفين إذا كان الثَّوب في يد رجلٍ، وطرفٌ منه في يد آخر. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠٢).
(٨) «الأجناس» للنَّاطفيِّ: (٢/ ٢٧٧).

(والقَولُ لصَبيٍّ يُعَبِّرُ في: «أنا حُرٌّ»، وإن قال: «أنا عبدُ فُلانٍ»: قُضيَ لمَن معَهُ كمَن لا يُعَبِّرُ) **المرادُ بالتَّعبير**: أن يتكلَّمَ ويعقِلَ ما يقول، وإن كانَ معبِّرًا ويقولُ: «أنا حرٌّ»: فالقولُ قولُه؛ لأنَّه في يد نفسِه.

ولو قال: «أنا عبدُ زيدٍ» وهو في يد عمرٍو: كان عبدًا لعمرٍو؛ لأنَّه لمَّا أقرَّ أنَّه عبدٌ: أقرَّ أنَّه ليس في يد نفسِه، فيكونُ عبدًا[١] لصاحب اليد، وإن لم يكن معبِّرًا: لا يكونُ في يد نفسِه، فيكونُ عبدًا لصاحب اليد.

ذخيرة العقبى

الجالسَينِ على البِساط، وأمَّا البِساطُ: فلأنَّ اليدَ عليه إمَّا بالنَّقل والتَّحويل، أو بكونه في بيته، والجلوسُ عليه ليس بشيءٍ من ذلك، فلا يكونُ يدًا عليه، فليس بأيديهما ولا في يد غيرِهما، وهما يدَّعيانِه على السَّواء، فيُترَكُ في أيديهما، وأمَّا الثَّوب: فلأنَّ الزِّيادةَ من جنس الحُجَّة، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما متمسِّكٌ باليد، إلَّا أنَّ أحدَهما أكثرُ استِمساكًا، ومثلُ تلك لا توجِبُ الرُّجحان، كما لو أقامَ أحدُهما شاهدَين، والآخرُ أربعةً، وفيه إشارةٌ إلى الفرق بينَ هذا وبينَ مسألةِ القميص، فإنَّه إذا تنازعا فيه وأحدُهما لابسُه، والآخرُ متعلِّقٌ بكُمِّه: فاللَّابسُ أَولى؛ لأنَّ الزِّيادةَ ليست من جنس الحُجَّة، فإنَّ الحُجَّةَ هي اليد، والزِّيادةَ هي الاستعمال، كذا في «العناية»(١).

[١]**قولُه**: (فيكونُ عبدًا)؛ لأنَّه لمَّا كان لا يُعبِّرُ عن نفسه: كان كمتاعٍ لا يدَ له.

اعترِضَ عليه: بالملتقِطِ(٢) إذا ادَّعى رِقَّ لقيطٍ لا يُعبِّرُ عن نفسه: فإنَّه لا يكونُ عبدَه.

أُجيب: بأنَّ فرضَ الالتقاطِ يُضعفُ اليد؛ لأنَّ الملتقِطَ أمينٌ في اللَّقيط، ويدُ الأمينِ في الحكم يدُ غيرِه، وكانت ثابتةً من وجهٍ دونَ وجهٍ، فلا يثبتُ بها الرِّقُّ.

---

(١) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٢٨٢).

(٢) في (ح٢) و(ح٣): «بأنَّ الملتقِط».

أقول: واليدُ على الإنسان[١] ليس دليلًا ظاهرًا على الملك، فإنَّ مَن رأى إنسانًا في يد آخرَ يتصرَّفُ فيه تصرُّفَ المُلَّاك: لا يجوزُ أن يشهدَ أنَّه ملكُه، فإنَّ الأصلَ في الإنسان الحرِّيَّة، فكونُ الصَّبيِّ الذي لا يُعبِّرُ عبدًا لصاحب اليدِ: مشكِلٌ.

(والحائطُ لمَن جُذوعُهُ عليهِ، أو مُتَّصِلٌ بِبِنائهِ اتِّصالَ تَربيعٍ) **اتِّصالُ التَّربيع:** اتِّصالُ جدارٍ بجدارٍ بحيثُ تتداخلُ لَبِناتُ هذا الجدارِ في لبِنات ذلك، وإنَّما سُمِّيَ اتِّصالَ التَّربيع؛ لأنَّهما إنَّما يُبنَيانِ ليُحيطا معَ جدارَينِ آخرَينِ بمكانٍ مربَّعٍ (لا لمَن لهُ عليهِ هَراديُّ) **المرادُ بالهَراديِّ**[٢]: الخشَباتُ التي توضَعُ على الجُذوع (بل بينَ الجارَينِ لو تَنازَعا) أي: إذا كان لأحدهما عليه هَراديُّ، ولا شيءَ للآخَر عليه: فهو بينهما.

[١] **قولُه:** (أقول: اليدُ على الإنسان... إلخ) **أقول:** تلخيصُه عندي ما ذكرَه الأكملُ بقوله(١): ((**اعترِضَ:** بأنَّ الرِّقَّ منَ العوارض؛ إذِ الأصلُ الحرِّيَّة، وهو يدفعُ العارض، فكان الواجبُ أن لا يُصدَّقَ ذو اليدِ إلَّا بحُجَّةٍ.

وأُجيب: بأنَّ الأصلَ يُترَكُ بدليلٍ يدلُّ على خلافه، واليدُ على مَن ذلك شأنُه؛ لكونه بمنزلة المتاعِ دليلَ المِلك، فيُترَكُ به الأصل، فلو كبِرَ وادَّعى الحرِّيَّةَ: لم يكنِ القولُ قولَه؛ لظهور الرِّقِّ عليه في حال صغَرِه))، انتهى.

[٢] **قولُه:** (المرادُ بالهَراديِّ) جمعُ هُرديَّةٍ، وهي قصَباتٌ تضمُّ ملويَّةً بطاقاتٍ منَ الكَرْم(٢) تُرسَلُ عليها قُضبانُ(٣) الكَرْم، يُقالُ له بالفارسيِّ: وردوك، كذا في **«العناية»**(٤).

(١) **«العناية شرح الهداية»:** (٨/ ٢٨٤) باختصارٍ يسيرٍ.
(٢) شجر العنب (**مِنهُ**).
(٣) بضمِّ القاف وكسرها أيضًا، جمع قضيبٍ، وهو الغصن، كذا في **«الصِّحاح»:** (قضب) (**مِنهُ**).
(٤) **«العناية شرح الهداية»:** (٨/ ٢٤٨).

(وذو بَيتٍ من دارٍ: كذي بُيوتٍ منها في حَقِّ ساحَتِها(١)[١]) بناءً على ألَّا يُرجَّحُ بكثرةِ العلَّة.

(أرضٌ[٢] ادَّعى رَجُلٌ أنَّها في يَدِهِ، وآخَرُ كذلك، وبَرهَنا: قُضيَ بيَدِهِما، فإن بَرهَنَ أحَدُهُما أو كانَ لَبَّنَ فيها، أو بَنى، أو حَفَرَ: قُضيَ بيَدِهِ) فإنَّ الاستعمالَ دليلُ اليد[٣].

[١] قولُه: (في حَقِّ ساحَتِها) وهو المرور، وصبُّ الوَضوء، وكسرُ الحطب، ووضعُ الأمتعةِ وغيرِها.

[٢] قولُه: (أرضٌ) أي: صحراء.

[٣] قولُه: (دليلُ اليد)؛ كالرُّكوبِ على الدَّوابِّ، واللُّبسِ في الثِّياب.

(١) صورتها: إذا كان بيتٌ من دارٍ فيها بيوتٌ كثيرةٌ في يد زيدٍ مثلًا، والبيوت الباقية في يد بكرٍ: فذو البيت الواحد كذي البيوت في حقِّ ساحتها، فالسَّاحة بينهما نصفان. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٠٨).

بابُ دِعوى النَّسب(١)

[حكمُ مَن وُلِدَ بعدَ بيعِ أمَةٍ]

(مَبيعةٌ وَلَدَت لأقَلَّ[١] مِن نِصفِ الحَولِ منذُ بيعَت، وادَّعى البائعُ الوَلَدَ: يَثبُتُ(٢) نَسَبُهُ منهُ وأُمِّيَّتُها(٣)، ويُفسَخُ البَيعُ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ وإنِ ادَّعاهُ المُشتَري معَ دِعوَتِهِ[٢]، أو بعدَها) هذا عندنا.

وعند زفرَ والشَّافعيِّ(٤): دِعوتُه باطلةٌ؛ لأنَّ البيعَ اعترافٌ منه بأنَّها أمةٌ، فبالدِّعوة

ذخيرة العقبى

بابُ دِعوى النَّسب(٥)

[١] قولُه: (مَبيعةٌ وَلَدَت لأقَلَّ) فيُفسَخُ البيع؛ لأنَّ بيعَ أمِّ الولدِ لا يجوز.

[٢] قولُه: (معَ دِعوَتِهِ) - بكسر الدَّال - مختصَّةٌ بدِعوى النَّسب، كما أنَّها بفتحها مختصَّةٌ بالطَّعام، يُقال: «كنَّا في دَعوة فلانٍ»(٦)(٧).

---

(١) كتب على هامش (ش٤): الدِّعوة بكسر: في النَّسب، وبالفتح: في الطعام، وبالضم: في الحرب.

(٢) في (م١) و(م٢): «حولٍ منذُ بيعَت، فادَّعى البائعُ الوَلَدَ: ثبُتُ».

(٣) أي: يثبت كونها أمَّ ولدٍ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٦٢).

(٤) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٨/ ٣٣٣).

(٥) لمَّا فرغ من بيان دَعوى الأموال: شرع في بيان دِعوى النَّسب؛ لأنَّ الأقلَّ أكثرُ وقوعًا، فكان أهمَّ ذكرًا فقدَّمه (مِنهُ).

(٦) وهي مصدرٌ، يريدون الدَّعاء إلى الطَّعام، وروي في لغة عَديِّ الرِّباب* عكسُ ذلك، كذا في «الصِّحاح»: (دعا) (مِنهُ). وجاءت هذه المنهوَّة في متن (ح٣) و(ح٥).

* عَديُّ الرِّباب: حيٌّ من بني تميمٍ.

(٧) كذا في «غاية البيان»: (١٢/ ٢٨٧) (مِنهُ).

يصيرُ مناقضًا[١].

ولنا: أنَّ العُلوقَ أمرٌ خفيٌّ، فيُعفى فيه التَّناقض[٢]، وكونُ العُلوقِ في يد البائعِ دليلٌ على أنَّه منه[٣].

وإنَّما قال: «وإنِ ادَّعاه المشتري معَ دِعوتِه، أو بعدها»، حتَّى لوِ ادَّعى المشتري قبلَ دِعوة البائع: يثبتُ النَّسبُ مِنَ المشتري[٤]، ....

[١] **قولُه**: (يصيرُ مناقضًا) فلا تُسمَعُ دعواه، كما لو قال: «كنتُ أعتقتُها» أو: «دبَّرتُها قبل أن أبيعَها»، وإذا لم تكنْ مسموعةً: لا يثبتُ النَّسب؛ إذ لا نسبَ في الجارية بدون الدِّعوى(١).

[٢] **قولُه**: (فيُعفى فيه التَّناقض)؛ لأنَّ الإنسانَ قد لا يعلمُ ابتداءً بكون العُلوقِ منه، ثمَّ تبيَّنَ له أنَّه منه، ولا كذلك في العتق والتَّدبير.

[٣] **قولُه**: (دليلٌ على أنَّه منه)؛ لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ الزِّنى، فنُزِّلَ ذلك منزلةَ البيِّنةِ في إبطال حقِّ الغيرِ عنها وعن ولدها(٢).

[٤] **قولُه**: (يثبتُ النَّسبُ مِنَ المشتري)؛ لوجود المجوِّزِ للدِّعوة، وهو المِلك، ألا ترى أنَّه يجوزُ إعتاقُه وإعتاقُ أمِّه، فكذا تصحُّ دِعوتُه؛ لحاجته إلى النَّسب، وإلى الحرِّيَّة، ويثبتُ لها أموميَّةُ الولدِ بإقراره، ثمَّ لا تصحُّ دِعوةُ البائعِ بعده؛ لأنَّه قدِ استغنى عنِ النَّسب بثبوته منَ المشتري.

---

(١) وصار بمنزلة امرأةٍ أقامت البيِّنة بعد الخلع على أنَّ الزَّوج كان طلَّقها ثلاثًا، كذا في «العناية»: (٨/ ٢٩٣) (مِنهُ).

(٢) قوله: «حتَّى لو ادَّعى» أقول: لو قال بدل قوله: «حتَّى»: «لأنَّه لو ادَّعى»، كما استدعاه قوله: «وإنَّما قال»: لكان أظهر.

ويُحمَلُ على أنَّ المشتريَ نكحَها[١]، واستَولدَها، ثمَّ اشتراها.

(وكذا لوِ ادَّعاهُ بعدَ مَوتِ الأُمِّ، بخِلافِ مَوتِ الوَلَدِ) يعني: إن ماتتِ الأمةُ والولدُ حيٌّ، فادَّعاه البائع، وقد جاءَت به لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ: يثبتُ النَّسب، وإن ماتَ الولد: لا(١)[٢]؛ لأنَّ الولدَ أصلٌ في ثبوت النَّسب، قال ﷺ: «أعتقَها ولدُها»(٢)[٣].

---

[١] قولُه: (ويُحمَلُ على أنَّ المشتريَ نكحَها... إلخ) هذا تصريحٌ منه بحمل هذا على الصُّورة الأولى من صورتَي أمِّ الولدِ نكاحًا، وهي أمَةٌ ولدَت من زوجها فملكَها، ولا يجوزُ أن يُحمَلَ هذا على الصُّورة الثَّانية، كما لا يجوزُ حملُ القسمِ الثَّالثِ على الصُّورة الأولى، كما سيُصرِّحُ به الشَّارحُ في شرح قولِ المصنِّفِ: «وهي أمُّ ولدِه نكاحًا»، حيثُ قال: «وههنا يُحمَلُ على هذا».

[٢] قولُه: (وإن ماتَ الولد: لا(٣)) الأصلُ في هذه أنَّه إذا حدثَ في الولد ما لا يلحقُه الفسخ: يمنعُ فسخَ المِلكِ فيه بالدِّعوة، وينفي ثبوتَ النَّسب.

[٣] قولُه: («أعتقَها ولدُها») قاله حينَ قيل له ﷺ وقد ولدَت ماريةُ القِبطيَّة إبراهيم: «ألا تُعتقُها؟»(٤).

---

(١) في (ش٣) زيادة: «لا يثبت».

(٢) أخرجه ابن ماجه في «سننه»: (٢٥١٦) والدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٤٢٣٤) والحاكم في «المستدرك»: (٢١٩١) من حديث عبد الله بن عبَّاسٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا.

(٣) وعلى هذا إن مات الولد فادَّعاه البائع، وقد جاءت به لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ: لم يثبت الاستيلاد في الأمِّ؛ لأنَّها تابعةٌ للولد، ولم يثبت بعد الموت؛ لعدم حاجته إلى ذلك، فلا يتبعه استيلاد الأمِّ، كذا في العناية: (٨/ ٢٩٦) (مِنهُ).

(٤) في (ح٥): «أعتقها»، وفي (ح١) و(ح٢) و(ح٣): «يعتقها».

وإذا صحَّتِ الدِّعوةُ بعدَ موت الأمِّ: فعند أبي حنيفة: يردُّ كلَّ الثَّمن[١].

وعندهما: يردُّ حصَّةَ الولدِ لا حصَّةَ الأمِّ.

(ولو ادَّعاهُ بعدَ عِتقِها: يَثبُتُ نَسبُهُ، ويَرُدُّ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ) أي: لو ادَّعى البائعُ الولدَ أنَّه ولدُه بعدما أعتقَ المشتري الأمَّ، وقد جاءت به لأقلَّ من نصف حَولٍ: يثبتُ نسبُ الولد، ويردُّ البائعُ حصَّةَ الولدِ مِنَ الثَّمن، بأن يقسِمَ الثَّمنَ[٢] على قيمة الأمِّ وقيمةِ الولد(١)، فما أصابَ الولدَ: يردُّه البائعُ إلى المشتري، وما أصابَ الأمَّ: لا يردُّه.

(وبعدَ عِتقِهِ رُدَّت دِعواهُ) أي: إنِ ادَّعى البائعُ الولدَ بعدما أعتقَه المشتري: رُدَّت دِعوةُ البائع (كما لو وَلَدَت لأكثَرَ مِن نِصفِ حَولٍ، وأقَلَّ مِن سَنَتَينِ،

[١] قولُه: (يُردُّ كلُّ الثَّمن) هذا بناءً على أنَّ أمَّ الولدِ(٢) غيرُ متقوِّمةٍ عنده في البيع والغصب، بخلاف القتل، فهلكَت عند المشتري غيرَ مضمونةٍ، وانتقضَ البيع، ويرُدُّ كلَّ الثَّمن، وعندهما: تُرَدُّ حصَّةُ الولد، ولا تُرَدُّ حصَّةُ الأمِّ؛ لأنَّها متقوِّمةٌ عندهما فيضمنُها، كذا في «الكافي»(٣).

[٢] قولُه: (بأن يقسِمَ الثَّمنَ... إلخ) بيانُه: أنَّه إذا باعَ جاريةً قيمتُها ثلاثونَ دينارًا بثلاثين، فولدَت ولدًا قيمتُه عشَرةُ دنانير: يُقسَمُ الثَّمنُ على أربعين، فما أصابَ الولدَ - وهو سبعةُ دنانيرَ ونصفٌ -: يُرَدُّ على المشتري، وما أصابَ الجاريةَ - وهو اثنانِ وعشرونَ ونصفٌ -: يسقطُ عنِ البائع، كذا في «المصفَّى»(٤).

(١) قوله: «وقيمة الولد»: سقط من (ش١).
(٢) وممَّا يدلُّ على أصالة الولد: إضافة الأمِّ إليه، حيث يُقال: أمُّ الولد (مِنهُ).
(٣) «الكافي»: (٧/ ٥٥٠).
(٤) «المصفَّى شرح المنظومة»: (١/ ٥٢١).

أو وَلَدَت لأكثَرَ مِن سَنتَينِ) أي: رُدَّت دِعوةُ البائعِ إذا كانتِ المدَّةُ من وقت البيعِ إلى وقت الولادةِ أكثرَ من نصفِ حولٍ[1] (إلّا إذا صَدَّقَهُ[2] المُشتري، وإذا صَدَّق: فحُكمُ القِسمِ الثَّاني كالأوَّلِ، وفي الثَّالِثِ: لم يَبطُل بَيعُهُ[3])(١).

القسمُ الأوَّل: ما إذا ولدَت لأقلَّ من نصف حولٍ في زمان البيع.

والثَّاني: ما إذا ولدَت لأكثرَ من نصف حولٍ وأقلَّ من سنتَين.

والثَّالث: ما إذا ولدَت لأكثرَ من ستَين.

---

[١] قولُه: (أكثرَ من نصفِ حولٍ) سواءٌ كان سنتَين، أو أكثرَ منهما، أو أقلَّ، وإنَّما قال: «وأقلَّ من سنتَين» ولم يقلْ: «أو ولدَت لأقلَّ من سنتَينِ» كما قاله فيما بعده؛ إشارةً إلى أنَّه ليس بقسمٍ برأسه.

[٢] قولُه: (إلّا إذا صَدَّقَهُ) أي: البائعُ المشتريَ في الصُّورتَين: يثبتُ النَّسب.

[٣] قولُه: (لم يَبطُلْ بَيعُهُ) فيثبتُ النَّسب، ويُحمَلُ على أنَّ المشتريَ زوَّجها البائع، واستولدَها بحكم النِّكاح؛ حملًا لأمره(٢) على الصَّلاح، وهذا معنى قولِ المصنِّفِ: «وهي أمُّ ولدِه نكاحًا»، فيبقى الولدُ عبدًا للمشتري، ولا تصيرُ الأمَةُ أمَّ ولدِ البائع، كما لوِ ادَّعاه أجنبيٌّ آخر؛ لأنَّ بتصادقهما أنَّ الولدَ منَ البائع لا يثبتُ(٣) كونُ العُلوقِ

---

(١) ولقطب الدين بنياد بن مولانا محمد المرزيفوني الرومي (ت ٩٣٥ هـ) «تعليقةٌ على مسألة دِعوى النَّسب»، توجد منها نسخة خطية في مكتبة (آيا صوفيا)، برقم: (١/ ١٣٠٩) في (١-٣٦) لوحة، فراجعها إن أحببت.

(٢) في (ح٥): «لأمر المؤمن».

(٣) وإذا لم يثبت العلوق في ملك البائع: لا تثبت حقيقة العتق للولد، ولا حقُّ العتق للأمة، ولا يظهر بطلان البيع، ودعوة البائع هنا دعوة تحرير، وغير المالك ليس بأهلٍ لها، كذا في «الكافي»: (٧/ ٥٥٣) (مِنهُ).

ففي القسم الثَّاني: يثبتُ نسبُه وأُمِّيَّتُها، ويُفسَخُ البيع، ويردُّ الثَّمنَ كما في القسم الأوَّل (وهي أُمُّ وَلَدِهِ نِكاحًا[١]) أمُّ الولدِ نِكاحًا: هي أَمَةٌ ولدَت من زوجها، فملكَها الزَّوج(١)، أو أَمَةٌ ملكَها زوجُها فولدَت، فادَّعى الولد، وههنا يُحمَلُ على هذا[٢].

في مِلكه؛ لأنَّ البائعَ لا يدَّعي ذلك، وكيف يدَّعي والولدُ لا يبقى في البطن لأكثرَ من سنتَين؟ فكان حادثًا بعد زوال مِلكِ البائع، هذا زبدةُ ما في «الكافي»(٢).

[١] **قولُه**: (وهي أُمُّ وَلَدِه نِكاحًا) يعني: أنَّ أمَّ الولدِ كما تُطلَقُ على القِنَّة التي ولدَت من مولاها مملوكةً له(٣): كذلك تُطلَقُ عليها إذا ولدَت من زوجها وإن كانت حالَ الاستيلادِ غيرَ مملوكةٍ له؛ بل لغيره.

[٢] **قولُه**: (وههنا يُحمَلُ على هذا) أي: في القسم الثَّالثِ تُحمَلُ أمُّ الولدِ نكاحًا على الصُّورة الثَّانية؛ لأنَّ الأولى لا تستقيمُ فيه، وفيه بحثٌ؛ لأنَّ حملَه على الثَّانية لا يخلو عن نوعِ اشتباهٍ؛ لأنَّه لا ريبةَ في أنَّ المرادَ منَ المِلك ههنا: هو ملكُ اليمين، فأين مالكيَّةُ البائعِ لها بهذا المعنى بينَ بيعِها واستيلادِها على وجهٍ يكونُ التَّولُّدُ معاقِبًا للمِلك والتَّزوُّجِ كما تقتضيه الفاءُ في قوله: «فولدَت»؟

فقيل في توجيهه: يجوزُ أن يتملَّكَها البائعُ ثانيًا بعد بيعها وتزوُّجِها كائنةً في مِلك المشتري كما يقتضيه قولُه: «فادَّعى الولد»؛ لأنَّ توقُّفَ ثبوتِ النَّسبِ على الدِّعوة: لا يتأتَّى إلَّا في مِلك اليمين، وأيضًا اعتبارُ تصديقِ المشتري ههنا لا يخلو عن نوع

---

(١) في (ش٣): «زوجها».

(٢) «الكافي»: (٧/ ٥٥٢).

(٣) كما صرَّح به المصنِّف في أوَّل باب الاستيلاد حيث قال: «وأمةٌ ولدت من سيِّدها أو زوجها فملكها: أمُّ ولدٍ» (مِنهُ).

[حكمُ مَن وُلِدَ عنده]

(ومَنْ باعَ(١) مَن وُلِدَ عنده[١]، ثمَّ ادَّعاهُ بعدَ بَيعِ مُشتَرِيهِ: صَحَّ نَسَبُهُ، ويُرَدُّ(٢) بَيعُهُ، وكذا لو كاتَبَ الوَلَدَ، أو(٣) الأُمَّ، أو رَهَنَ، أو آجَرَ، أو زَوَّجها، ثمَّ ادَّعاهُ).

ذخيرة العقبى

الإشعارِ بتوسُّط المِلكِ الثَّاني للبائع بعد التَّزوُّج، وإلَّا: فوجهُ توقُّفِ ثبوتِ نسبِ ولدِ المنكوحةِ على تصديق مولاه لا يعرى عن غُبارٍ معَ أنَّ كونَ سَوقِ الكلامِ في ثبوت النَّسبِ بالدِّعوة لا في مطلقه: في غاية الجَلاء.

فنقول(٤): يبطلُ ما نقلناه سابقًا منَ «الكافي» من قوله: «ويُحمَلُ على أنَّ المشتري... إلخ»؛ لأنَّه بجميع عباراتِه يُنادي بأعلى صوتٍ بأنَّه لا مِلكَ له عليها حالَ الدِّعوة، فليُتأمَّلْ(٥).

[١] **قولُه**: (ومن باعَ مَن وُلِدَ عنده) هذا شروعٌ لبيان حكمِ من وُلِدَ عنده بعد الفراغ من بيان حكمِ مَن وُلِدَ بعد بيع أمِّه.

---

(١) في أغلب نسخ الشَّرح: «ولو باع».

(٢) في (م١) و(م٢): «وردَّ».

(٣) في (ش٣) زيادة: «كاتَبَ».

(٤) هذا الحلُّ مختصٌّ بالرَّاجي عفوَ ربِّه العالي، أخذًا من مطالعة «الهداية» و«الكافي» (مِنهُ).

(٥) وأيضًا اعتبارهم في القسم الثَّالث من البيع والولادة أكثرَ من سنتين: يأباه، فلا يستقيم اعتبارهم البيعَ الثَّاني، فليُتأمَّل.

ويحتمل أن يكون المراد من الملك في قوله: «ملكها» هذا الملك السَّابق على البيع، ويكون المراد من ذكره حينئذٍ هو بيان العلاقة بين المعنى المشهور لأمِّ الولد وبين المقيَّد بقيد النِّكاح، فحينئذٍ يكون الكلام في دِعوى ثبوت النَّسب مطلقًا، لا في ثبوته بالدِّعوة، وقد ساعد هذا الاحتمال كلمات جميع الكمَلة، سيَّما قول مفتي الثَّقلين و«الهداية»، ويُحمَل على أنَّ البائع استولدها بحكم النِّكاح؛ حملًا لأمره على الصَّلاح، فحينئذٍ يمكن أن يُحملَ قول الشَّارح: «ملكها» على المشاكلة بالصُّورة الأولى.

أقول: يأبى هذا الاحتمال قول الشَّارح: «فادَّعى الولد»، فليُتأمَّل، وإنَّما أطنبنا الكلام في هذا المقام؛ لأنَّه من مزالق الأقدام الفخام (مِنهُ).

اعلم أنَّ عبارةَ «الهداية» كذلك: ((ومَن باعَ عبدًا وُلِدَ عنده، وباعَه المشتري من آخَر، ثمَّ ادَّعاه البائعُ الأوَّل: فهو ابنُه، وبطلَ بيعُه؛ لأنَّ البيعَ يحتملُ النَّقض، وما له من حقِّ الدِّعوةِ لا يحتملُه، فينتقضُ البيعُ لأجله، وكذا إذا كاتبَ الولد، أو رهنَه، أو آجرَه، أو كاتَبَ الأمَّ، أو رهنَها، أو زوَّجَها، ثمَّ كانتِ الدِّعوة؛ لأنَّ هذه العوارضَ تحتملُ النَّقض، فينتقضُ ذلك كلُّه، وتصحُّ الدَّعوة، بخلاف الإعتاقِ والتَّدبيرِ على ما مرَّ)).

أقول: ضميرُ الفاعلِ في: «كاتبَ» إن كانَ راجعًا إلى المشتري، وكذا في قوله: «أو كاتَبَ الأمَّ»: يصيرُ تقديرُ الكلام: «ومَن باعَ عبدًا وُلِدَ عنده، وكاتَبَ المشتري الأمَّ» وهذا غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّ المعطوفَ عليه «بيعُ الولدِ» لا «بيعُ الأمِّ»، فكيف يصحُّ قولُه: «وكاتَبَ المشتري الأمَّ»؟ وإن كان راجعًا إلى «مَن» في قوله: «ومَن باع عبدًا» فالمسألةُ أنَّ رجلًا كاتَبَ مَن وُلِدَ عنده، أو رهنَه، أو آجرَه، ثمَّ كانتِ الدِّعوة، وحينئذٍ لا يحسُنُ قولُه: «بخلاف الإعتاقِ»؛ لأنَّ مسألةَ الإعتاقِ التي مرَّت ممَّا إذا أعتقَ المشتري الولدَ؛ لأنَّ الفرقَ الصَّحيحَ أن يكونَ بين إعتاق المشتري وكتابتِه، لا بين إعتاق المشتري وكتابةِ البائع.

إذا عرَفتَ هذا: فمرجِعُ الضَّميرِ في «كاتَبَ الولدَ» هو المشتري، وفي «كاتَبَ الأمَّ»: «مَن» في: «مَن باع»[1].

....

(١) قال العلاَّمة ابن عابدين مُعقِبًا على هذه المسألة: ((أقول: الأظهر أن المرجع فيهما: «المشتري»، وقوله: («لأنَّ المعطوفَ عليه «بيع الولد» لا «بيع الأمّ») مدفوعٌ بأنَّ المتبادر بيعه مع أُمِّه بقرينة سَوْقِ الكلام ودليلِ كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام؛ نعم كان مقتضى ظاهر عبارة «الوقاية» أن يقال: «بالنَّظر إلى قوله بعد بيع مشتريه، وكذا بعد كتابة الولد ورهنه... إلخ» لكنه سهو)). وللإمام للَّكنويِّ توجيهٌ آخر، وهو ((أنَّه يحتمل أن يكون قوله: «أو كاتب الأمَّ» إشارةٌ إلى مسألة أخرى صدَّرها بمحذوفٍ لانفهامه من السِّياق، وهو «أنَّه باع أمَّ مَنْ وُلِدَ عنده وكاتَبَ المشتري» =

(ولو باعَ أحَدَ توأمَينِ وُلِدا عندَهُ، وأعتقَهُ مُشتَريهِ، ثُمَّ ادَّعى البائعُ الآخَرَ: ثَبَتَ نَسَبُهُما منهُ، وبَطَلَ عِتقُ المُشتَري)؛ لأنَّ من ضرورة ثبوتِ نسبِ أحدِهما: ثبوتَ نسبِ الآخر، والتَّوأمان[١]: ولدانِ بين ولادتهما أقلُّ من ستَّة أشهرٍ.

(ولو قالَ لصَبيٍّ معَهُ: «هو ابنُ زَيدٍ»، ثُمَّ قالَ: «هو ابني»: لم يَكُنِ ابنَهُ وإن جَحَدَ زَيدٌ بُنوَّتَهُ) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: إن جحدَ زيدٌ بنوَّته: يصيرُ ابنًا للذي في يده الصَّبيُّ؛ لأنَّ الإقرارَ في النَّسب يرتدُّ بالرَّدِّ.

له: أنَّ النَّسبَ ممَّا لا يحتملُ النَّقض، والإقرارَ بمثله لا يرتدُّ بالرَّدِّ[٢].

---

[١] **قولُه**: (والتَّوأمان) **أقول**: هذا وإن كان تعريفُ التَّوأمَينِ ظاهرًا، لكنَّه في الحقيقة تعليلٌ لما قبلَه؛ يعني: أنَّهما خُلِقا من ماءٍ واحدٍ؛ إذ لا يُتصوَّرُ كونُ عُلوقِ الثَّاني حادثًا؛ إذ لا حبَلَ أقلَّ من ستَّة أشهرٍ، والعُلوقُ على العُلوق متعذِّرٌ؛ لأنَّها إذا حبلَت: ينسدُّ فمُ الرَّحِم، فإذا ثبتَ الحرِّيَّةُ الأصليَّةُ لأحدهما الذي عند البائع: امتنعَ أن يكونَ الآخَرُ الذي هو المَبيعُ رقيقًا؛ لأنَّهما من نطفةٍ واحدةٍ قطعًا، فكان عتقُ المشتري باطلًا بما فوقَه، وهو الحرِّيَّةُ الثَّابتةُ بأصل الخِلقة، كذا في «الكافي»(١).

[٢] **قولُه**: (لا يرتدُّ بالرَّدِّ) هذا يصلحُ حيلةً على أصل أبي حنيفةَ فيمَن يبيعُ الولدَ ويخافُ المشتري عليه الدِّعوةَ بعد ذلك، فيقطعُ دعواه بإقراره بالنَّسب لغيره، كذا في «العناية»(٢).

= فلم يتَّجه الإيراد باختيار الشِّق الأوَّل)). ينظر: «حاشية ابن عابدين»: (٥/ ٥٨٣)، «عمدة الرعاية»: (٦/ ٢٢١).

(١) «الكافي»: (٧/ ٥٥٤).
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٠٨).

(ولو كانَ(١) معَ مُسلِمٍ وكافِرٍ، فقالَ المُسلِمُ: «هو عَبدي»، وقالَ الكافِرُ: «هو ابني»: فهو حُرٌّ[١] ابنٌ للكافِرِ)؛ لأنَّه ينالُ الحرِّيَّةَ في الحال، والإسلامَ في المآل؛ إذ دلائلُ الوَحدانيَّةِ ظاهرةٌ، وفي عكسه: يثبتُ الإسلامُ تبعيَّةً(٢)، ويُحرَمُ عنِ الحرِّيَّة، وليس في وُسعه اكتسابُها.

(ولو قالَ زَوجُ امرَأةٍ لصَبيٍّ معَهُما[٢]: «هو ابني مِن غيرِها»، وقالت: «هو(٣) ابني مِن غيرِهِ»: فهو ابنُهُما[٣]).

(ولو وَلَدَت أمَةٌ مَشريَّةٌ، واستُحِقَّت: غَرِمَ الأبُ قيمَةَ الوَلَدِ يَومَ يُخاصَمُ، وهو حُرٌّ) أي: ولدَت أمَةٌ مشريَّةٌ، وادَّعى المشتري الولد، ثمَّ استُحقَّتِ الأمُّ(٤): فالولدُ حرٌّ، ويضمنُ الأبُ - وهو المشتري - قيمةَ الولدِ للمستحِقِّ؛ لأنَّ ولدَ المغرورِ حرٌّ بالقيمة.

---

[١] **قولُه**: (فهو حُرٌّ) هذا إذا كانتِ الدِّعوتانِ معًا، أمَّا لو سبقَتْ دِعوى المسلم: يكونُ عبدًا للمسلم، كذا في «النِّهاية»(٥).

[٢] **قولُه**: (لصَبيٍّ معَهُما) أرادَ صبيًّا لا يقدِرُ التَّعبيرَ عن نفسه، فأمَّا إذا عبَّرَ: فالقولُ له، أيُّهما صدَّقَه: ثبتَ نسبُه منه بتصديقه، كذا في «الأكمليَّة»(٦).

[٣] **قولُه**: (فهو ابنُهُما)؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ الولدَ منهما؛ لقيام أيديهما، أو لقيام الفِراشِ بينَهما، ثمَّ كلٌّ منهما يُريدُ إبطالَ حقِّ صاحبِه، فلا يُصدَّقُ عليه، كذا في «الهداية»(٧).

---

(١) أي: صبيٌّ.
(٢) في (ش٥): «بتبعيته».
(٣) «هو»: سقط من (م١) و(م٢).
(٤) في (ش٤): «الأمة».
(٥) «النِّهاية شرح الهداية»: (٨/ ٣٨٥).
(٦) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣١٣).
(٧) «الهداية»: (٣/ ١٧٧).

والمرادُ بالمغرور: رجلٌ وطِئَ امرأةً معتمِدًا على ملك يمينٍ أو نكاحٍ، فولدَت، ثمَّ استُحِقَّت، وإنَّما سُمِّيَ مغرورًا؛ لأنَّ البائعَ غرَّه وباع منه جاريةً لم تكن ملكًا له، وتُعتبَرُ قيمةُ الولدِ يومَ الخصومة[١].

(فإن ماتَ الوَلَدُ: فلا شَيءَ على أبيهِ)؛ لعدم المنعِ منه (وتَرِكَتُهُ لهُ)؛ لأنَّه حرُّ الأصل[٢].

(وإن(١) قَتَلَهُ أبوهُ أو غيرُهُ: غَرِمَ الأبُ قيمَتَهُ، ورَجَعَ بها كثَمَنِها على بائعِهِ لا بالعُقرِ) أي: إن قتلَه الأبُ: يضمنُ قيمتَه للمستحِقِّ، وكذا إن قتلَه غيرُه، وأخذَ الأبُ[٣] ديتَه، فإنَّ الدِّيةَ بدلٌ له، فسلامةُ البدلِ للأب كسلامة الولد، ثمَّ منعُ البدلِ

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (يومَ الخصومة)؛ لأنَّ الولدَ حاصلٌ في يده من غير صُنعِه، فلا يضمنُه إلَّا بالمنع، وهو لا يتحقَّقُ منه إلَّا بعد الطَّلب، وهو مات في ذلك اليوم.

[٢] **قولُه**: (لأنَّه حُرُّ الأصل) **لا يُقال**: ينبغي أن يكونَ المالُ مشترَكًا بينَهما؛ لأنَّه حرُّ الأصلِ في حقِّ الأب، رقيقٌ في حقِّ المدَّعي.

لأنَّا نقول: الولدُ حرُّ الأصلِ في حقِّ المدَّعي أيضًا، ولهذا لا يكونُ الولاءُ له، وإنَّما جُعِلَ رقيقًا في حقِّه؛ ضرورةَ القضاءِ له بالقيمة، والثَّابتُ بالضَّرورة يتقدَّرُ بقدْرها.

[٣] **قولُه**: (فأخذَ الأبُ) إنَّما قيَّدَ بالأخذ؛ لأنَّه إن قُضيَ له بالدِّية فلم يقبِضْها: لم يؤخَذْ بالقيمة؛ لأنَّ المنعَ لا يتحقَّقُ فيما لم يصلْ إلى يده، كذا في «الكافي»(٢).

---

(١) في (م١) و(م٢): «فإن».

(٢) نقلًا من «المبسوط»: (١٧/ ١٧٧) (مِنهُ). «الكافي»: (٧/ ٥٦٤).

مِنَ المستحِقِّ كمنع الولد(١)، وفيه القيمة، ويرجعُ بقيمته على البائع كما يرجعُ بثمنها، ولا يرجعُ بالعُقر الذي[١] أخذَ منه المستحِقُّ؛ لأنَّه بدلُ استيفاءِ منفعةِ البُضع، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

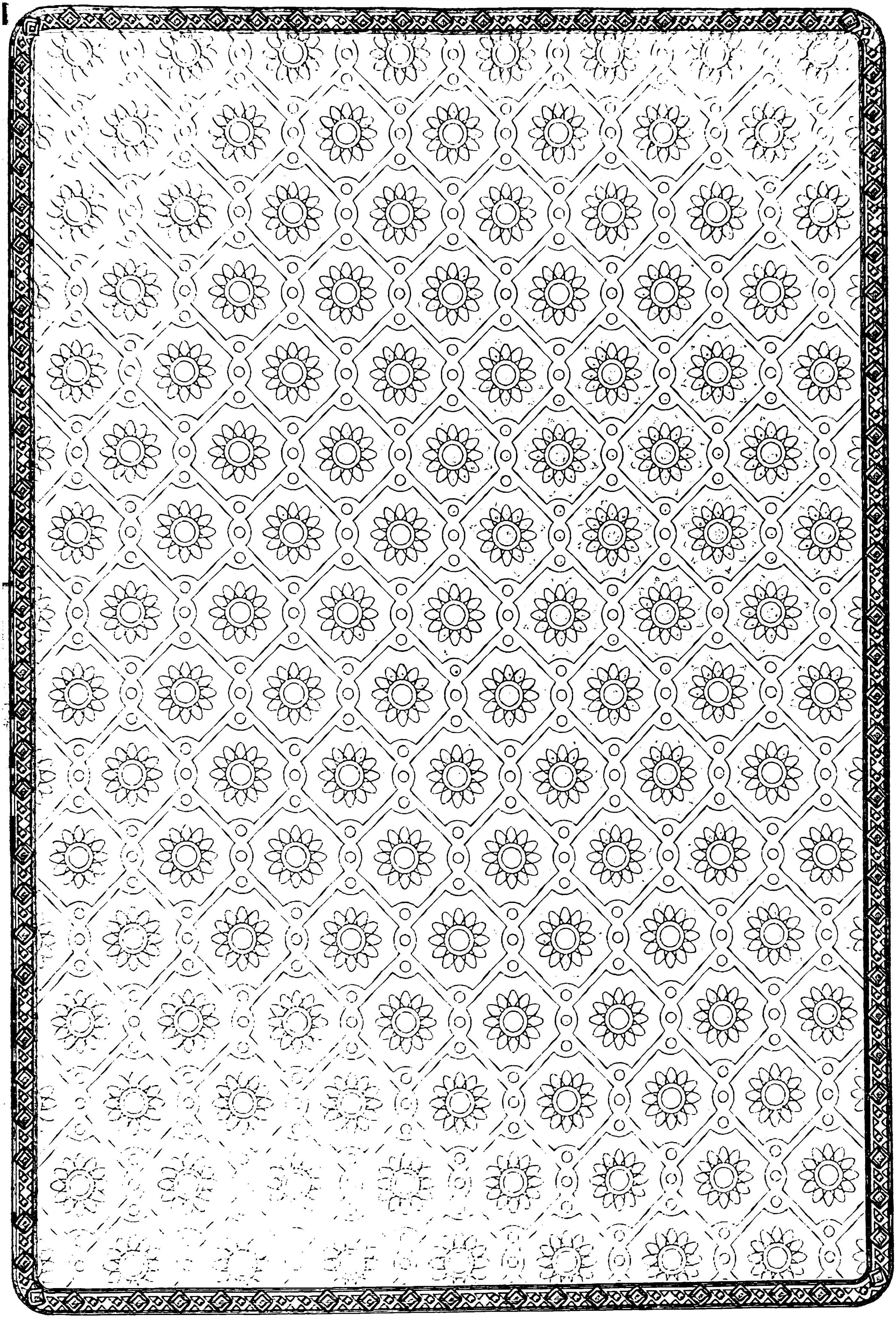
[١] **قولُه**: (ولا يرجعُ بالعُقْرِ الذي... إلخ) قال الشَّافعيُّ: يرجعُ به كما يرجعُ بقيمة الولدِ وثمنِ الأمَة.

ولنا: أنَّه إنَّما ضمنه مقابلًا بالملاذِّ الذي استوفاها بوطء أمَةِ الغير، وقد سقطَ الحدُّ للشُّبهة، فلا يستوجبُ الرُّجوعَ على غيره، بخلاف ما ذُكِر؛ لأنَّ البائعَ ضمِنَ سلامةَ المبيع، والأولادُ للمشتري، فيرجعُ إذا لم يسلما إليه، كذا في «الكافي»(٢).

(١) في (ش٣) زيادة: «منه».

(٢) «الكافي»: (٧/ ٥٦٥).

كتاب الإقرار



كتاب الإقرار

(هو إخبارٌ بحَقٍّ لآخَرَ عليه[1]، وحُكمُهُ: ظُهورُ المُقَرِّ به، لا إنشاؤهُ[2]، فصَحَّ الإقرارُ[3] بالخَمرِ للمُسلِمِ، لا بطَلاقٍ، أو عِتقٍ(1) مُكرَهًا) لمَّا كان حكمُ الإقرارِ

كتاب الإقرار(2)

وهو في اللُّغة: الإثبات، يُقال: قرَّ الشَّيء؛ إذا ثبت، وأقرَّ غيرَه؛ إذا أثبتَه.

[1] **قولُه**: (لآخَرَ عليه) أي: لغيره على نفسه، أمَّا لنفسه على غيره: فدعوى، ولغيره على غيره: فشهادةٌ.

[2] **قولُه**: (لا إنشاؤهُ) أي: لا ثبوتُه ابتداءً بطريق التَّمليكِ في الحال، كما قال به أبو عبدِ اللهِ(3) الجُرجانيُّ مستدلًّا بمسائل:

منها: إذا أقرَّ لرجلٍ فردَّ إقرارَه ثمَّ قبِل: لم يصحَّ، ولو كان إخباراً: لصحَّ.

ومنها: إذا أقرَّ المريضُ لوارثه بدَينٍ: لم يصحَّ، ولو كان إخباراً: لصحَّ.

ومنها: أنَّ المِلكَ الثَّابتَ بسبب الإقرارِ لا يظهرُ في حقِّ الزَّوائدِ المستهلَكة، حتَّى لا يملكُ المقَرُّ له مطالبتَها منَ المقِرِّ، ولو كان إخبارًا: كانت مضمونةً عليه إذا استهلكَها.

[3] **وقولُه**: (فصَحَّ الإقرارُ) تفريعٌ لأصلٍ ذكرَه بقوله: «وحكمُه: ظهورُ المقَرِّ له»

---

(1) في بعض النُّسخ: «أو عِتاق».

(2) **الإقرار**: مشتقٌّ من القرار، وهو لغةً: إثبات ما كان متزلزلًا. «غرر درر»: (2/ 357). من هامش (ح5).

(3) في (ح5): «أبو عبد الرَّحمن» والمثبت موافقٌ للمصدر المَنقول منه وهو «البيانيَّة»

الظُّهورَ لا الإنشاءَ: صحَّ الإقرارُ بالخمر للمسلم، ولا يصحُّ تمليكُ الخمرِ إيَّاه، ولا يصحُّ الإقرارُ بالطَّلاق والعتقِ مكرَهًا، ولو كان إنشاءً: يصحُّ؛ لأنَّ طلاقَ المكرَهِ وإعتاقَه: واقعانِ عندنا.

ذخيرة العقبى

اختيارًا لرأي أبي حازمٍ[1]، حيثُ قال: ((الإقرارُ إخبارٌ عن أمرٍ سابقٍ، لا تمليكٌ في الحال، مستدلًّا بمسائل:

منها: مسألةُ الخمر، حتَّى يؤمَرُ المقِرُّ بها بتسليمها إلى المسلِم، ولو كان تمليكًا: لم يصحَّ.

ومنها: إذا أقرَّ بنصف دارِه مشاعًا: صحَّ، ولو كان تمليكًا: لم يصحَّ عند أبي حنيفة.

ومنها: إذا أقرَّتِ المرأةُ بالزَّوجيَّة: صحَّ، ولو كان تمليكًا: لم يصحَّ إلَّا بمحضرٍ منَ الشُّهود.

ومنها: إذا أقرَّ المريضُ بدَينٍ يستغرقُ جميعَ مالِه: صحَّ، ولو كان تمليكًا: لم يصحَّ))، كذا في «البيانيَّة» نقلًا منَ الأُسْتروشَنيِّ[2].

قال مفتي الثَّقلَين[3]: ((الإقرارُ ملزِمٌ على المقِرِّ ما أقرَّ به؛ لوقوعه دليلًا على صدقِ المخبَرِ به، قال الله تعالى: ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ﴾ [النساء: ١٣٥]، والشَّهادةُ على النَّفس هو الإقرار، وقد رجمَ رسولُ اللهِ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ

(١) عبارة «البيانيَّة»: «أبو خازمٍ» بخاءٍ معجمةٍ، وعبارة «الفصول»: «أبو حازمٍ» بحاءٍ مهملةٍ، وهي الموافقة للمثبت.

(٢) «غاية البيان»: (١٢/ ٣٢٥)، و«فصول الأُستروشَنيِّ»: (ق: ٧٦).

(٣) «الكافي»: (٧/ ٥٧٣) بتصرُّفٍ واختصارٍ.

(ولو أقرَّ حُرٌّ مُكَلَّفٌ[١] ....

ذخيرة العقبى

ماعِزًا بإقراره على نفسه بالزِّنى(١)، فلمَّا جُعِلَ الإقرارُ حُجَّةً بالحدود التي تندرئُ بالشُّبهات: فلأنْ يكونَ حُجَّةً في غيرها: أَولى، وعليه إجماعُ الأمَّة.

واعلم أنَّ كونَ الإقرارِ حُجَّةً قاصرةً، والبيِّنةِ متعدِّيةً: منَ المشهورات المسلَّمةِ عند أرباب هذا الفنِّ، وتحقيقُ لمِّيَّتِها أنَّ البيِّنَةَ تصيرُ حُجَّةً بالقضاء، وللقاضي ولايةٌ عامَّةٌ، فيتعدَّى إلى الكلِّ، وأمَّا الإقرار: فلا يفتقرُ إلى القضاء، وله ولايةٌ على نفسه دونَ غيرِه، فيقتصرُ عليه، حتَّى لو أقرَّ مجهولُ الأصلِ بالرِّقِّ لرجلٍ: جاز ذلك على نفسه ومالِه، ولم يُصدَّقْ على أولاده وأمَّهاتِهم، ومدبَّريه ومكاتَبيه؛ لأنَّه قد ثبتَ حقُّ الحرِّيَّةِ أوِ استحقاقُ الحرِّيَّةِ لهؤلاء، فلا يُصدَّقُ عليهم))، انتهى زبدةُ كلامِه.

[١] **قولُه**: (ولو أقرَّ حُرٌّ مُكَلَّفٌ) قيَّدَ بالحرِّيَّةِ ليصحَّ إقرارُه مطلقًا، فإنَّ العبدَ المأذونَ له وإن كان ملحَقًا بالحرِّ في حقِّ الإقرار، ولكنَّ المحجورَ عليه لا يصحُّ إقرارُه بالمال، ويصحُّ إقرارُه بالحدود والقِصاص، كذا في «الهداية»(٢).

وقيَّدَ بالتَّكليف احترازًا عنِ المجنون وعنِ الصَّبيِّ أيضًا، لكن لا مطلقًا؛ لأنَّ المأذونَ له في التِّجارة يصحُّ إقرارُه(٣).

---

(١) أخرجه البخاريُّ (٦٨٢٤) من حديث ابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ومسلمٌ (١٦٩٢) من حديث جابر بن سمرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) «الهداية»: (٣/ ١٧٨).

(٣) أي: بدينٍ، أو غصبٍ، أو وديعةٍ، أو مضاربةٍ؛ لأنَّه التحق بالإذن بالبالغين؛ لدلالة الإذن على عقله، ولا يصحُّ إقراره بالمهر والجناية والكفالة؛ لأنَّها غير داخلةٍ تحت الإذن؛ إذ التِّجارة مبادلة المال، والنِّكاح مبادلة المال بما ليس بمالٍ، والكفالة تبرُّعٌ من وجهٍ، فلم تكن تجارةً مطلقةً، كذا في «الكفاية»: (٧/ ٣٠٢) (منه).

بحقٍّ مَعلومٍ أو مَجهولٍ[١]: صَحَّ، ولَزِمَهُ بَيانُ ما جُهِلَ بما لهُ قيمَةٌ[٢]) صحَّةُ الإقرارِ بالمجهول مبنيَّةٌ على أنَّه إخبارٌ، لا إنشاءٌ وتمليكٌ(١).

(وصُدِّقَ المُقِرُّ[٣] معَ حَلِفِهِ إنِ ادَّعى المُقَرُّ لهُ أكثَرَ منهُ(٢)).

[١] قولُه: (أو مَجهولٍ) يعني: أنَّ جهالةَ المقَرِّ به لا تمنعُ صحَّةَ الإقرار؛ لأنَّه إخبارٌ عن لزوم الحقِّ، وهو قد يلزمُ مجهولًا بأن أتلفَ مالًا لا يدري قيمتَه، أو يجرحَ جِراحةً لا يعلمُ أرْشَها، أو يبقى عليه(٣) بقيَّةُ حسابٍ لا يُحيطُ به علمُه، فالإقرارُ قد يلزمُ مجهولًا.

وعورِض: بأنَّ الشَّهادةَ إخبارٌ عن ثبوت الحقِّ للمدَّعي، والحقُّ قد يلزمُ له مجهولًا، فالشَّهادةُ قد تلزمُ مجهولةً، وليست بصحيحةٍ.

وأُجيب: بأنَّ العلمَ بالمشهود به شرطٌ بالنَّصِّ، وانتفاؤه يستلزمُ انتفاءَ المشروط.

[٢] قولُه: (لَزِمَ بيانُ ما جُهِلَ بما له قيمَةٌ) يعني: إذا أقرَّ بالمجهول: يُقالُ له: «بيِّنْه»؛ لأنَّه المُجمِل، فإليه البيان، كما إذا قال لعبدَيه: «أحدُكما حرٌّ»، فإن لم يُبيِّنْ: أجبرَه الحاكمُ على البيان؛ لأنَّه لزمَه الخروجُ عمَّا لزمَه بإقراره الصَّريح، وهو لا يكونُ إلَّا بالبيان، فإن قال له: «على شيءٍ»: لزمَه أن يُبيِّنَ ما له قيمةٌ؛ لأنَّه أخبرَ عنِ الوجوب في ذمَّته، وما لا قيمةَ له: لا يجبُ في ذمَّتُه، فيكونُ رجوعًا عنِ الإقرار، وهو باطلٌ.

[٣] قولُه: (وصُدِّقَ المُقِرُّ)؛ لأنَّه منكرُ الزِّيادة.

---

(١) قوله: «لا إنشاءٌ وتمليكٌ» في (ش٤) و(ش٥): «لا إنشاء تمليك».

(٢) أي: أكثر مما ادَّعى المقرُّ.

(٣) في (ح٥): «عليها».

ولا يُصَدَّقُ في أقَلَّ مِن دِرهَمٍ[١] في: «عَلَيَّ مالٌ»، ومنَ النِّصابِ في: «مالٌ عَظيمٌ»[٢] مِنَ الذَّهَبِ[٣]، أو مِنَ الفِضَّةِ، ومِن خَمسٍ وعِشرينَ في الإبِلِ، ومِن قَدرِ النِّصابِ قيمَةً في غيرِ مالِ الزَّكاةِ، ومِن ثَلاثَةِ نُصُبٍ[٤] في: «أموالٌ عِظامٌ».

و«دَراهِمُ»: ثَلاثَةٌ[٥]، و«دَراهِمُ كَثيرَةٌ»: عَشَرَةٌ) هذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ جمعَ الكثرةِ أقلُّه عشَرةٌ.

---

[١] **قولُه**: (في أقَلَّ من دِرهَمٍ) والقياسُ تصديقُه ولو فَلْسًا(١)؛ لأنَّه مالٌ لغةً، كما يُصدَّقُ في «شيءٍ»؛ لصدقه عليه.

وجهُ الاستحسان: تركُ الحقيقةِ بدلالة العادة؛ لأنَّه لا يُعَدُّ مالًا عُرفًا.

[٢] **قولُه**: (ومنَ النِّصابِ في: «مالٌ عَظيمٍ») والأصحُّ على قول الأعظم: أن يُبنى على حالِ المقِرِّ في الفقر والغنى، فإنَّ القليلَ عند الفقير عظيمٌ، وأضعافَ ذلك عند الغنيِّ ليست بعظيمةٍ(٢).

[٣] **قولُه**: (منَ الذَّهَبِ) متعلِّقٌ بـ«النِّصابِ»؛ أي: يجبُ أن يكونَ النِّصابُ منَ الذَّهب؛ أي: عشرينَ مثقالًا فيما إذا قال: «لفلانٍ عليَّ مالٌ عظيمٌ منَ الدَّنانير»، وعلى هذا قياسُ غيرِه.

[٤] **قولُه**: (ومِن ثَلاثَةِ نُصُبٍ) أي: من أيِّ مالٍ فسَّره به؛ لأنَّ أقلَّ الجمعِ ثلاثةٌ، فلا يُصدَّقُ في أقلَّ منه؛ للتَّيقُّن به، وإن بيَّنَه بغير مالِ الزَّكاة: يُعتبرُ أن تبلغَ قيمتُه قدْرَ ثلاثةِ نصُبٍ.

[٥] **قولُه**: (ودَراهِمُ: ثَلاثَةٌ) مبتدأٌ وخبرٌ؛ أي: لو قال: «لفلانٍ عليَّ دراهمُ»: فهي

---

(١) «ولو فلسًا»: في (ح٣): «وإن قلَّ».

(٢) كذا في «العناية»: (٨/ ٣٢٩)، نقلًا من «النِّهاية»: (٨/ ٤٠٦) (مِنهُ).

وعندهما: لا يُصدَّقُ في أقلَّ مِنَ النِّصاب.

(و«كذا دِرهَمًا»: دِرهَمٌ[١]، و«كذا كذا»: أحَدَ عَشَرَ، و«كذا وكذا»: أحَدٌ وعِشرونَ)؛ لأنَّ «كذا كذا»(١) كنايةٌ عنِ العددَين، وأقلُّ عددَينِ يُذكَرانِ بغير واوٍ: أحدَ عشَر، وأقلُّ عددَينِ يُذكَرانِ بالواو: أحدٌ وعشرون.

(ولو ثَلَّثَ بلا واوٍ: فأحَدَ عَشَرَ(٢))؛ لأنَّه لا نظيرَ للثَّلاثة بلا واوٍ، والأقربُ منه اثنانِ بلا واوٍ؛ يعني: أحدَ عشَر.

(ومعَ واوٍ: فمِئَةٌ وأحَدٌ وعِشرونَ(٣)، وإن رَبَّعَ: زيدَ ألفٌ) يعني: إن ربَّعَ لفظَ «كذا» مع الواو: فيكونُ ألفٌ ومِئةٌ وأحدٌ وعشرون.

(و«عَلَيَّ» و«قِبَلي»: إقرارٌ بدَينٍ، وصُدِّقَ إن وَصَلَ بهِ: «هو وَديعَةٌ»، وإن فَصَلَ: لا)؛ لأنَّ ظاهرَه الإقرارُ بالدَّين، فقولُه: «هو وديعةٌ» يكونُ بيانَ تغييرٍ بتأويلِ أنَّ عليه حِفظَ الوديعة، وهو[٢] يصحُّ موصولًا لا مفصولًا؛ كالاستثناءِ والتَّخصيص.

ثلاثةٌ بالاتِّفاق؛ لأنَّه أقلُّ الجمعِ الصَّحيحِ الذي لا خلافَ فيه(٤).

[١] قولُه: (وكذا دِرهَمًا: دِرهمٌ) مبتدأٌ وخبرٌ أيضًا؛ أي: لو قال: «كذا درهمًا»: فهو درهمٌ؛ لأنَّه تفسيرٌ للمبهَم، وكان كما قال: «له عليَّ درهمٌ».

[٢] قولُه: (وهو) أي: بيانُ التَّغيير.

---

(١) في (ش٣): «وكذا».

(٢) أي: لو قال: «كذا كذا كذا درهمًا» لم يصدَّق في أقلَّ من أحد عشر. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٧٥).

(٣) أي: لو قال: «كذا وكذا وكذا درهمًا» فيلزمه مئةٌ وواحدٌ وعشرون. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٧٥).

(٤) في (ح٢): «لا نزاع فيه».

(و«عِندي»، أو: «معي»، أو: «في بَيتي»، أو: «(١) كيسي»، أو: «صُنْدوقي»[١]: أمانةٌ[٢]).

(فقَولُه(٢) لمُدَّعي الألفِ: «اتَّزِنها»، أوِ: «انتَقِدها»، أو «أجِّلْني بها»، أو: «قَضَيْتُكَها»، أو: «أبرَأتَني منها»، أو: «تَصَدَّقتَ بها(٣)»، أو: «وَهَبتَها لي»، أو: «أحَلتُكَ بها على زَيدٍ»: إقرارٌ، وبلا ضَميرٍ: لا(٤))؛ لأنَّه إن لم يذكُرِ الضَّميرَ: يحتملُ أن يُرادَ به(٥): زِن كلامَك بميزان العقل، أوِ انتقِد كلامَك، ولا تقُل قولًا زَيفًا.

و«أجِّلني» يُرادُ به: أمهِلني في الجواب.

و«قضَيتُ» يُرادُ به(٦): حكمتُ بأنَّك كاذبٌ.

و«أبرأتَني» من ألَّا تدَّعيَ عليَّ.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (أو صُنْدوقي) وهو - بضمِّ الصَّادِ المهملة، وسكونِ النُّون -، وجمعُه: صناديق، كذا في «الصِّحاح»(٧).

[٢] **قولُه**: (أمانَةٌ) أي: هو إقرارٌ بأمانةٍ في يده؛ لأنَّ كلَّ ذلك إقرارٌ بكون الشَّيءِ في يده، واليدُ تتنوَّعُ إلى أمانةٍ وضمانٍ، فيثبتُ أقلُّهما وهو الأمانة.

---

(١) في (ش١) زيادة: «في».

(٢) في (م١) و(م٢): «وقوله».

(٣) في (م١) و(م٢) زيادة: «عليَّ».

(٤) أي: لو قال: «انتقد»، أو: «اتَّزن»: لا يكون إقرارًا؛ لأنَّه لا دليل على انصرافه إلى المذكور. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٧٦).

(٥) «به»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣) و(ش٥).

(٦) «يراد به»: سقط من (ش٣).

(٧) «الصِّحاح»: (صدق).

و«تصدَّقتَ عليَّ كثيرًا» فما بالُك تدَّعي عليَّ بلا حقٍّ؟

و«وهَبتَني كثيرًا» كما في: «تصدَّقتَ».

و«أحَلتُ لك مالًا على زيدٍ» فما صنعتَ به؟

(وإن أقَرَّ بدَينٍ مُؤَجَّلٍ: صُدِّقَ المُقَرُّ له إن قال: «هو حالٌّ» وحُلِّفَ به) أي: حُلِّفَ المقَرُّ له على أنَّه ليس بمؤجَّلٍ، فيجبُ الدَّينُ له حالًّا.

(و«مِئَةٌ ودِرهَمٌ»: كُلُّها دَراهِمُ، وفي: «مِئَةٌ وثَوبٌ»، و«مِئَةٌ وثَوبانِ»: تُفسَّرُ المِئَةُ، و«مِئَةٌ وثَلاثَةُ أثوابٍ»: كُلُّها ثيابٌ[١]).

اعلم أنَّ في قولِه: «لفلانٍ عليَّ مئةٌ ودرهمٌ» عند الشَّافعيِّ(١): تُفسِّرُ المئةَ، كما في: «عليَّ مئةٌ وثوبٌ»، وهو القياس[٢].

---

[١] قولُه(٢): (كُلُّها ثيابٌ)؛ لأنَّه ذكرَ المئةَ والثَّلاثةَ مبهمَينَ؛ لعدم دلالتِهما على جنسٍ منَ الأجناس، ففسَّرَهما بالثَّوب حيثُ لم يذكرْه بحرف العطفِ حتَّى يدلَّ على المغايرة، فانصرفَ إليهما جميعًا؛ لاستوائهما في الحاجة إلى التَّفسير، فكان كلُّها ثيابًا، هذا زبدةُ ما في «الهدايةِ» و«التَّاجيَّة»(٣)(٤).

[٢] قولُه: (وهو القياسُ)؛ لأنَّ المئةَ مبهَمةٌ، والدَّرهمَ معطوفٌ عليها بالواو العاطفة، لا تفسيرَ له، فبقيَتِ المئةُ على إبهامها، كما في: «مئةٌ وثوبٌ».

---

(١) ينظر: «التَّنبيه»: (ص ٢٧٦).

(٢) جاءت هذه المقولة بعد قوله: «(وعندنا...)»، والصَّواب أنَّ حقَّها هنا.

(٣) أي: تاج الشَّريعة، وهو جدُّ صدر الشَّريعة، مرَّ منَّا في ديباجة الكتاب، فليُرجَع إليه (مِنهُ).

(٤) «الهداية»: (٣/ ١٨٠)، و«نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ٨٣) مخطوط.

وعندنا[١]: إذا ذكرَ بعدَ لفظ(١) العددِ ما هو مِنَ المقدَّرات(٢)، كما إذا قال: «مئةٌ ودرهمٌ»، و«مئةٌ وقفيزُ حنطةٍ»: تكونُ «المئةُ» من جنسِ ذلك المُقدَّرِ(٣) قياسًا على ما إذا ذكرَ بعدَ لفظ العددِ عددًا آخَر، نحوَ: «مئةٌ وثلاثةُ أثوابٍ»، وإن لم يكن مِنَ المقدَّرات؛ كالثَّوبِ مثلًا: فحينَئذٍ يُفسِّرُ المئة.

(والإقرارُ بدابَّةٍ في إصطَبلٍ: يَلزَمُها فقط[٢]، ....

---

[١] قولُه: (وعندنا:... إلخ) وحاصلُه: الفرقُ بينَ المقدَّراتِ(٤) وغيرِها، وهو الاستحسان، ووجهُه: أنَّهم يستثقلونَ تكرارَ الدَّراهمِ في كلِّ عددٍ، ويكتفونَ بذكره عَقيبَ العددَين، ألا ترى أنَّهم يقولون: «أحدٌ وعشرونَ درهمًا»، فيكتفونَ بذكر الدِّرهمِ مرَّةً، ويجعلونَ ذلك تفسيرًا للكلِّ؟ وذلك الاشتغالُ فيما يكثرُ استعمالُه، وكثرةُ الاستعمالِ عند كثرة الوجوبِ بكثرة أسبابِه، وذلك الكثرةُ في المقدَّرات(٥)؛ لثبوتها في الذِّمَّة في جميع المعاملاتِ حالَّةً أو مؤجَّلةً، ويجوزُ الاستقراضُ بها، بخلاف غيرِها، فإنَّ الثُّبوتَ لا يثبتُ في الذِّمَّة دَينًا إلَّا سَلَمًا، والشَّاةُ لا تثبتُ في الذِّمَّة أصلًا، فلم تكثُرْ كثرتَها، فبقيَ على الأصل، وهو أن يكونَ بيانُ المجمَلِ إلى المجمِلِ؛ لعدم صلاحيَةِ العطفِ للتَّفسير إلَّا عند ضرورةٍ، وقدِ انعدمَتْ.

[٢] قولُه: (يَلزَمُها فقط) أي: يلزمُ الإقرارُ الدَّابَّةَ خاصَّةً؛ يعني: أنَّ الإقرارَ إقرارٌ بهما جميعًا، لكن لا يلزمُ إلَّا ضمانُ الدَّابَّةِ خاصَّةً.

---

(١) في (ش٣) زيادة: «المئة».

(٢) في (ش٢) و(ش٣): «المقدارات».

(٣) في (ش٢) و(ش٣): «المقدار».

(٤) في (ح٣): «المقدورات»، وكذا في الموضع الآتي.

(٥) كالدَّراهم والدَّنانير والمكيلات والموزونات (مِنهُ).

وخاتَمٍ: حَلَقَتُهُ وفَصُّهُ[١]) أي: الإقرارُ بخاتمٍ: يلزمُ حلقتَه وفَصَّه، فهذا من باب العطفِ على معمولَي عاملَينِ مختلفَين، والمجرورُ مقدَّمٌ؛ نحوَ: في الدَّار زيدٌ، والحُجرةِ عمرٌو، وكذا في قوله:

(وسَيفٍ(١): جَفْنَهُ وحَمائلَهُ ونَصْلَهُ[٢]، ....

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وخاتَمٍ: حَلَقَتَهُ وفَصَّهُ) **الخاتَمُ** - بالخاء المعجَمة، بفتح التَّاء، والعامَّةُ تقولُ بكسرها -: معروفٌ.

والفَصُّ - بفتح الفاء، وتشديدِ الصَّادِ المهمَلة -: ما يُركَزُ في أعلى الخاتَمِ منَ الجواهر، كاللَّعْل(٢)، والياقوت، والفيروزَجِ وغيرِها، هذا التَّفسيرُ قدِ استفَدْناه من موارد الاستعمال، وأمَّا في اللُّغة: فقد قال الجوهريُّ(٣): ((الفَصُّ: الخاتَم))، فالتَّوفيقُ ظاهرٌ.

قيل: قال في «الهداية»(٤): ((اسمُ الخاتَمِ يشملُ الكلَّ))، وقال في مسألة الاستثناءِ: ((إنَّ الفَصَّ يدخلُ تبعًا))، فلا يصحُّ الاستثناء، ففي ظاهره منافاةٌ، فليُتأمَّلْ.

أقول: ليس فيه شيءٌ من أثر المُنافاة، حتَّى اطَّلعَ عليه بديهةً(٥) بعضُ المشتغلينَ لقراءة الشَّرحِ عليَّ.

[٢] قولُه: (وسَيفٍ: جَفْنَهُ وحَمائلَهُ ونَصْلَه)؛ لأنَّ الاسمَ يشملُ الكلَّ، الأوَّلُ - بفتح الجيمِ وسكونِ الفاء -: غِمدُ(٦) السَّيفِ(٧) ههنا.

(١) أي: من أقرَّ بسيفٍ يلزمه جفنه...إلخ.
(٢) حجرٌ كريمٌ نفيسٌ، شديد الحُمرة.
(٣) «الصِّحاح»: (فصص).
(٤) «الهداية»: (٣/ ١٨٠).
(٥) في (ح١) و(ح٢): «بداهةً»، وسقطت من (ح٤).
(٦) وهو - بكسر الغين المعجمة -: نيام شمشير، يقال بالتُّركيِّ: قلج قنى (مِنهُ).
(٧) وإنَّما قيَّدنا به؛ لأنَّه قد يجيء في مواضعَ أخرَ بمعنى جَفن العين؛ كما صرَّح به في «الصِّحاح»: (جفن) (مِنهُ).

وحَجَلَةٍ[١]: العِيْدانَ والكُسوَةَ) **الحَجَلةُ**: البيتُ المزيَّنُ بالثِّياب والسُّرُر(١).

(وتَمْرٍ في قَوصَرَةٍ[٢]: إيَّاهُما(٢)؛ كثَوبٍ في مِنديلٍ أو ثَوبٍ في ثَوبٍ(٣)،

ذخيرة العقبى

والثَّاني - بفتح الحاء المهمَلة -: جمعُ حِمَالةٍ - بكسرها -، وهي: عِلاقةُ السَّيف، وبالفارسيَّة: دوال شمشير.

والثَّالث - بفتح النُّونِ وسكونِ الصَّادِ المهمَلة -: حديدةُ السَّهمِ والسَّيفِ والسِّكِّينِ والرِّمح، والجمع: نُصولٌ ونِصالٌ، كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»(٤).

[١] **قولُه**: (وحَجَلَةٍ) بفتح الحاءِ المهمَلةِ والجيم.

والعِيدان(٥) - بكسر العينِ المهمَلة، وسكونِ الياءِ المثنَّاةِ التَّحتانيَّة، وفتحِ النُّون، نُصِبَ على مفعوليَّة «يلزمُ» الذي مرَّ في المعطوف عليه -: جمعُ عودٍ؛ كالدِّيدانِ جمعِ دودٍ، وهو الخشَبة.

والسُّرر: جمعُ سريرٍ، وهو بالفارسيَّة: تخت اراسته، كذا في «الأفعال»(٦).

[٢] **قولُه**: (وتَمْرٍ في قَوصَرَةٍ) **التَّمْرُ** - بفتح التَّاءِ المثنَّاةِ الفوقانيَّة، وسكونِ الميم -: معروفٌ.

(١) السُّرر: جمع سريرٍ، وفي (ش٣): «السرير».
(٢) أي: التَّمر والقوصرة. (٣) «في ثوبٍ»: سقطت من أغلب نُسخ الشَّرح.
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٤٢) بتصرُّفٍ.
(٥) فالنُّون في «عيدان» ليس نون التَّثنية والجمع، ولهذا يعرَبُ بالحركة، حتَّى ضمَّ في «الهداية»: (٣/ ١٨٠) لكونه رفعًا على الابتداء، وفُتِحَ ههنا* لكونه نصبًا على المفعوليَّة (مِنهُ). * أي: في قول الشَّارح.
(٦) للمولى العلاَّمة [محمود بن] عمر الزَّمخشريِّ (مِنهُ). إلاَّ أنَّ المسألةَ في قِسم «الأسماء» وليس «الأفعال». ينظر: «مقدمة الأدب»: (ص٢٩). طبعة ابن قنسيل - المغرب - ١٨٤٣ هـ.

....

ذخيرة العقبى

والقَوصَرَّةُ - بالتَّشديد والتَّخفيف -: وعاءٌ يُتَّخَذُ من قصَبٍ، سُمِّيَ بها ما دامَ التَّمرُ فيها، وإلَّا: فهي زِنبيلٌ.

اعلم أنَّ الأصلَ في جنس هذه المسائل: أنَّه إذا أقرَّ رجلٌ بشيئَينِ أحدُهما ظرفٌ للآخَر: فإمَّا أن يذكرَهما بكلمة «في»، أو بكلمة «مِن»، فإن كان الأوَّل؛ كـ «غصبتُ تَمْرًا في قَوصَرَةٍ»: لزِماه؛ لأنَّ غصبَ الشَّيءِ وهو مظروفٌ لا يتحقَّقُ بدون الظَّرف.

وإن كان الثَّاني؛ نحو: «مِن قَوصَرَةٍ»: لم يلزمْ إلَّا المظروف[1]؛ لأنَّ كلمةَ «مِن» للانتزاع، فيكونُ إقرارًا بغصب المنزوع.

وإن لم يكن أحدُهما ظرفًا للآخر؛ نحو: «درهمًا في درهمٍ»: لم يلزمْه الثَّاني؛ لأنَّه لمَّا لم يصلُحْ ظرفًا للأوَّل: لغا آخرُ كلامِه.

لا يُقال: فعلى هذا يجبُ أن يكونَ الإقرارُ بدابَّةٍ في إصطبلٍ إقرارًا بهما، فينبغي أن يدخلا معًا في الضَّمان، وليس كذلك في المختار كما صرَّحَ به في المتن.

لأنَّا نقول: سلَّمنا أنَّهما يدخلانِ معًا في الإقرار، لكنَّ الدُّخولَ فيه لا يوجبُ الدُّخولَ في الضَّمان عند الأعظم وأبي يوسف، كما في: «غصبتُ طعامًا في بيتٍ»، فإنَّ الدَّابَّةَ والطَّعامَ في ضمانه بالغصب دونَ الإصطبلِ والبيت؛ لأنَّهما غيرُ منقولَين، والغصبُ الموجِبُ للضَّمان لا يكونُ إلَّا بالنَّقل والتَّحويلِ عندهما.

وعند محمَّدٍ: يدخلانِ في الضَّمان دخولَهما في الإقرار؛ لأنَّ غصبَ العقارِ جائزٌ عنده، السُّؤالُ لراجي الحماية، والجوابُ مستفادٌ من تقرير «العناية»[2].

---

(١) يعني: أنَّ كلمة «مِن» تُستعمَل للتَّبعيض والتَّمييز، فيكون الانتزاع لازمَها، إلَّا أنَّ معناه أنَّ «مِن» موضوعةٌ للانتزاع، فتكون إقرارًا بغصب المنزوع (مِنهُ).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٤٢).

وثَوبٍ في عَشَرَةِ أثوابٍ: واحِدٌ) هذا عند أبي يوسُف[١]، فإنَّ عشرةَ أثوابٍ لا تكونُ تابعةً لثوبٍ واحدٍ.

وعند محمَّدٍ: يلزَمُه أحدَ عشَرَ ثوبًا؛ لأنَّ النَّفيسَ يُلفُّ في ثيابٍ كثيرةٍ.

(وخَمسَةٍ(١) في خَمسَةٍ بنيَّةِ الضَّربِ: خَمسَةٌ[٢]، وبنيَّةِ معَ(٢) عَشَرَةٌ) وعند الحسن بنِ زيادٍ: يلزَمُه خمسةٌ وعشرون[٣]، وقد ذُكِرَ في كتاب الطَّلاق(٣).

(وفي: «مِن دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ»، و«ما بينَ دِرهَمٍ إلى عَشَرَةٍ»: عليهِ تِسعَةٌ) هذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الغايةَ الأولى تدخلُ ضرورةً، والأخيرةَ لا تدخل.

وعندهما: تدخلُ الغايتان، فتجِبُ عشَرةٌ.

وعند زفر: لا يدخلُ شيءٌ منهما، فتجبُ ثمانيةٌ.

---

[١] **قولُه**: (واحِدٌ، [هذا] عند أبي يوسف) أي: يلزمُه واحدٌ في هذا القولِ الأخير، كذا فُهِمَ منَ «الهدايةِ»(٤).

[٢] **قولُه**: (بنيَّةِ الضَّرب: خَمسَةٌ)؛ لأنَّ الضَّربَ لا يُكثِّرُ المال، معناه أنَّ أثَرَ الضَّربِ في تكثير الأجزاءِ لإزالة الكسر، لا في زيادة المال، وعشَرةُ دراهمَ وزنًا وإن جعلتَه ألفَ جزءٍ: لم يزدْ فيه وزنُ قيراطٍ، كذا في «الأكمليَّة»(٥).

[٣] **قولُه**: (يلزَمُه خمسةٌ وعشرون) وهذا قولُ(٦) زفرَ أيضًا.

---

(١) أي: الإقرار بخمسةٍ.

(٢) في (ش٣) زيادة: «خمسة».

(٣) ينظر: (٣/ ٢٠) عند قوله: «وفي أنت طالق واحد وفي اثنتين...».

(٤) «الهداية»: (٣/ ١٨٠).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٤٤)، وفيها: «وخمسة» بدل: «وعشرة».

(٦) في (ح٣): «جواب».

(وفي: «لهُ مِن داري ما بينَ هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ»: لهُ ما بينَهُما[١]) والفرقُ لأبي حنيفةَ أنَّ في قوله: «ما بين الواحد إلى العشَرةِ» لا وجودَ لما بينهما إلَّا بانضمام الأوَّل، كما يُقالُ: «سنِّي ما بين خمسينَ إلى ستِّينَ» أي: مع انضمامِ الآحادِ التي دونَ الخمسين، بخلاف ما بين الحائطَين[٢].

[الإقرارُ بالحَمل]

(ولو أقَرَّ بالحَمْلِ[٣]: صَحَّ، وحُمِلَ على الوَصيَّةِ مِن غيرِهِ) أي: يُحمَلُ هذه الإقرارُ على أنَّ رجلًا أوصى بالحمل لرجلٍ، ومات الموصي: فالآنَ يُقرُّ وارثُه بأنَّه للموصى(١) له.

وجهُ قولِهما(٢): أنَّ قولَهم: «خمسٌ في خمسٍ» يُعبَّرُ به في العادة عن خمسةٍ وعشرينَ(٣)، فصار لخمسةٍ وعشرينَ عبارتان، فيلزمُه بإحداهما ما يلزمُه بالأخرى.

ولنا: أنَّ الخمسةَ لا تصيرُ خمسةً وعشرينَ إلَّا بضمٍّ عددٍ إليها ليس بمذكورٍ في لفظه، فلم يجزْ إلزامُه، كذا في «البيانيَّة»(٤).

[١] قولُه: (لهُ ما بينَهُما) أي: ليس له منَ الحائطَينِ شيءٌ.

[٢] قولُه: (بخلافِ ما بينَ الحائطَين) فإنَّ الغايةَ فيه موجودةٌ قبل جعلِها غايةً، فلا ضرورةَ في إدخالها، وأمَّا الأعداد: فلا وجودَ لها إلَّا بالجَعل.

[٣] قولُه: (ولو أقَرَّ بالحَمْلِ) سواءٌ كان حَمْلَ الجارية، أو حَمْلَ الشَّاة.

---

(١) في (ش٣): «للوصي».

(٢) أي: الحسن وزفر (مِنهُ).

(٣) كان أهل العادة يريدون بهذا التَّركيب: خمسةً بخمس مرَّاتٍ (مِنهُ).

(٤) «غاية البيان»: (١٢/ ٣٦٨).

(وكذا له(١) إن بَيَّنَ سَبَبًا صالِحًا كإرثٍ ووَصيَّةٍ) أي: يصحُّ الإقرارُ للحمل إن بيَّنَ المقِرُّ سببًا صالحًا؛ كـالإرثِ والوصيَّة، فإنَّ الوصيَّةَ للحمل تصحُّ، والحملَ يرِث، وإن لم يُبيِّن سببًا صالحًا؛ كما لو بيَّنَ الهبة، أو قال: «اشتريتُ له»: لا يصحُّ(٢)، وإنَّما لا يحتاجُ إلى ذكرِ السَّببِ الصَّالحِ في الإقرارِ بالحمل؛ لأنَّ الوصيَّةَ متعيِّنةٌ هناك[١]، بخلاف الإقرارِ للحمل، فإنَّ الأسبابَ مُتعارِضةٌ كالإرثِ والوصيَّة.

(فإن وَلَدَت حَيًّا[٢] لأقَلَّ من نِصفِ حَولٍ) أي: من وقت الإقرار: (فلهُ ما أقَرَّ).

(وإن وَلَدَت حَيَّينِ: فلهُما[٣]، وإن وَلَدَت مَيِّتًا: فللموصي والمورِّثِ)؛ لأنَّه إذا

---

[١] قولُه: (لأنَّ الوصيَّةَ متعيِّنةٌ هناك)؛ إذ لا وجهَ للميراث في تلك الصُّورة؛ لأنَّ مَن له ميراثٌ في الحَمْل: له ميراثٌ في الحامل أيضًا، كذا في «العناية»(٣).

[٢] قولُه: (فإن وَلَدَت حَيًّا) إشارةٌ إلى اشتراط وجودِ المقَرِّ له حالةَ الإقرارِ في صحَّته، فإن جاءَتْ به لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ من وقته: لزمَه، وإن جاءَت به لأكثرَ منها إلى سنتَينِ وهي معتدَّةٌ: فكذلك، وأمَّا إذا جاءَت به لأكثرَ من ستَّة أشهرٍ وهي غيرُ معتدَّةٍ: لم يلزمْه؛ كما إذا ولدَت ميِّتًا.

[٣] قولُه: (وإن وَلَدَت حَيَّينِ: فلهُما) فإن كانا ذكرَينِ أو أنثيَينِ: فهو بينَهما نصفان، وإن كان أحدُهما ذكرًا والآخرُ أنثى: فكذلك في الوصيَّة، وفي الإرث للذَّكر مثلُ حظِّ الأنثيَين.

---

(١) أي: للحمل. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٣٨٠).

(٢) في (ش٤) زيادة: «له».

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٤٩).

بيَّنَ السَّببَ وقال: «إنَّ فلانًا أوصى بهذا للحمل»، أو: «لأنَّ فلانًا مات وتركَه ميراثًا له»: فيكونُ هذا إقرارًا بملك الموصي، أو المورِّث، فينقسِمُ بين ورثتهما.

(وإن فَسَّرَ ببَيعٍ[١]، أو إقراضٍ، أو أبهَمَ الإقرارَ: لَغا(١)) هذا[٢] عند أبي يوسُف.

وعند محمَّدٍ: يصحُّ الإقرار، ويُحمَلُ على السَّبب الصَّالح.

(وإن أقرَّ بشَرطِ الخيارِ) بأن قال: «لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ على أنِّي بالخيار فيه ثلاثةَ أيَّامٍ»(٢): (صَحَّ وبَطَلَ شَرطُهُ)؛ لأنَّ الخيارَ للفسخ، والإقرارَ لا يحتمِلُه[٣].

---

[١] قولُه: (وإن فَسَّرَ ببَيعٍ) أي: وإن بيَّنَ سببًا غيرَ صالحٍ؛ مثلَ أن قال: «باعني» أو: «أقرضني»: لم يلزَمْه شيءٌ؛ لأنَّه بيَّنَ مستحيلًا؛ لعدم تصوُّرِهما منَ الجنين لا حقيقةً - وهو ظاهرٌ -، ولا حكمًا؛ لأنَّه لا يُوَلَّى عليه.

فإن قيل: كان ذلك رجوعًا، وهو في الإقرار لا يصحُّ.

أُجيب: بأنَّه ليس برجوعٍ؛ بل ظهرَ كذبُه بيقينٍ، كما لو قال: «قطعتُ يدَ فلانٍ عمدًا» أو: «خطأً»، ويدُ فلانٍ صحيحةٌ، وهذا بخلاف ما إذا أقرَّ للرَّضيع وبيَّنَ السَّببَ بذلك؛ لأنَّه وإن لم يُتصوَّرْ منه ذلك حقيقةً: فقد يُتصوَّرُ ذلك حكمًا بنيابته، وهو القاضي، أو مَن أذنَ له القاضي، وإذا تُصوِّرَ بالنَّائب: جاز إضافةُ الإقرارِ إليه، وقولُه: «أو أبهم» إشارةٌ إلى شِقِّ عدمِ بيانِ السَّببِ أصلًا، هذا زبدةُ ما في «العناية»(٣).

[٢] قولُه: (هذا) أي: لَغْويَّةُ إبهامِ الإقرار.

[٣] قولُه: (والإقرارَ لا يحتمِلُه) يعني: لو أقرَّ لرجلٍ بشيءٍ على أنَّه بالخيار في

---

(١) إي: إن فسَّر المقرُّ الإقرار بسببٍ غير صالحٍ: لا يلزمه شيءٌ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٥٨).

(٢) في (ش٥) زيادة: «للفسخ»، وقوله: «بأن قال: لفلان... ثلاثة أيام»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٤٧).

ومنَ المسائلِ الكثيرةِ الوقوع: أنَّه أقرَّ، ثمَّ ادَّعى أنَّه كاذبٌ في الإقرار: فعند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ: لا يُلتفَتُ إلى قوله، لكن يُفتى على قول أبي يوسُفَ أنَّ المقرَّ له يحلِفُ أنَّ المقِرَّ لم يكن كاذبًا.

وكذا لوِ ادَّعى وارثُ المقرِّ، فعند البعض لا يُلتفَتُ إلى قوله؛ لأنَّ حقَّ الورثةِ لم يكن ثابتًا في زمان الإقرار، والأصحُّ التَّحليف؛ لأنَّ الورثةَ ادَّعَوا أمرًا[١] لو أقرَّ به المقَرُّ له: يلزَمُه، فإذا أنكرَ: يُستحلَف، وإن كان الدَّعوى على ورثة المقَرِّ له: فاليمينُ عليهم بالعلم أنَّا لا نعلمُ أنَّه كان كاذبًا، والله أعلم.

ذخيرة العقبى

إقراره ثلاثةَ أيَّامٍ: فالإقرارُ صحيحٌ، يلزمُه به؛ لوجود الصِّيغةِ المُلزِمة، وهي قولُه: «عليَّ»، ونحوَه، والخيارُ باطلٌ؛ لأنَّه للفسخ، والإخبارُ لا يحتملُه.

[١] قولُه: (ادَّعَوا أمرًا) يعني: كذِبَ المقِرِّ.

بابُ الاستثناء

(ومَنِ استَثنى بَعضَ ما أقرَّ به[١] مُتَّصِلًا[٢]: ....

بابُ الاستثناء(١)

استفعالٌ(٢) منَ الثَّنْي، وهو الصَّرف.

[١] قولُه: (بَعضَ ما أقرَّ به) وفي إطلاق لفظ البعضِ من غير تقديرِ شيءٍ: دليلٌ على أنَّ الأكثرَ جائزٌ، كما إذا قال لفلانٍ: «عليَّ ألفٌ إلَّا تسعَمئةٍ وخمسينَ درهمًا»، فإنَّ الاستثناءَ يصحُّ، ويكونُ عليه خمسونَ درهمًا(٣).

[٢] قولُه: (مُتَّصِلًا) هو قولُ العامَّة، ونُقِلَ عنِ ابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جوازُ التَّأخير؛ لما عُرِفَ في الأصول.

---

(١) الاستثناء: تكلُّمٌ بالباقي بعد الثُّنيا عندنا، وإخراجٌ بعد الدُّخول عند الشَّافعيِّ بطريق المعارضة، وهذا مشكِلٌ، فإنَّ الاستثناء جائزٌ في الطَّلاق والعتاق، ولو كان إخراجًا: لما صحَّ؛ لأنَّهما لا يحتملان الرُّجوع والرَّفع بعد الوقوع.
وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قال: «لفلانٍ عليَّ ألف درهمٍ إلَّا مئةً أو خمسين»، فعندنا: يلزمه تسعمئةٍ؛ لأنَّه لمَّا كان تكلُّمًا بالباقي، وكان مانعًا من الدُّخول: شككنا في المتكلَّم به، والأصل فراغ الذِّمم، فلا يلزمه الزَّائد بالشَّكِّ، وصار نظير ما لو قال: «عليَّ تسعمئةٍ وخمسون»، فإنَّه يلزمه الأقلُّ، وعنده: لمَّا دخل الألف كلُّه: صار الشَّكُّ في المخرَج، فيخرج الأقلُّ وهو خمسون، والباقي على حاله، فيلزمه تسعمئةٍ وخمسون، كذا في «التَّبيين»: (٥/ ١٣) (مِنهُ).

(٢) في (ح١): «وهو الاستفعال».

(٣) هذا عندنا، وعند مالكٍ والفرَّاء، وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الأصول: لا يصحُّ الاستثناء، وتلزمه الألف؛ لأنَّ المستثنى أكثر من المستثنى منه، ومن عادة العرب أنَّهم يقصدون بالاستثناء إخراجَ الأقلِّ دون الأكثر، ونحن نقول: إذا عُرِفَ الاستثناء: لم يفرق الحال بين أن يُخرَجَ الأقلُّ أو الأكثر، كذا في «البيانيَّة»: (١٢/ ٣٧٩) (مِنهُ).

لَزِمَهُ باقيهِ[١]، وإنِ استَثنى كُلَّه: فكُلُّهُ) أي: لزِمَ كلُّه؛ لأنَّ استثناءَ الكلِّ لا يصحُّ[٢].

ذخيرة العقبى

[١] وقولُه: (لَزِمَهُ باقيهِ)؛ لأنَّ الاستثناءَ معَ الصَّدرِ(١) عبارةٌ عنِ الباقي؛ لأنَّ معنى قولِه: «عليَّ عشرةٌ إلَّا درهمًا» معنى قولِه: «عليَّ تسعةٌ»، وقد عُرِفَ ذلك في الأصول أيضًا(٢).

[٢] قولُه: (لأنَّ استثناءَ الكلِّ لا يصحُّ)؛ لأنَّه تكلَّمَ بالحاصل بعد الثُّنيا(٣)، ولا حاصلَ بعد الكلِّ، فيكونُ رجوعًا، والرُّجوعُ عنِ الإقرار باطلٌ موصولًا كان أو مفصولًا، هذا إذا كان الاستثناءُ بلفظ المستثنى منه؛ مثلَ أن يقول: «عليَّ عشَرةٌ إلَّا عشَرةً»، وكذا إذا كان أكثرَ منه؛ كاستثناءِ أحدَ عشَرَ منَ العشَرة؛ لأنَّه لمَّا لم يجزِ استثناءُ العشَرةِ من مثلِها: فلأَنْ لا يجوزَ(٤) استثناؤها وزيادةٍ أَولى، وأمَّا إذا كان بخلاف لفظِه: يجوزُ وإن أتى على الكلِّ؛ نحوَ: «عبيدي أحرارٌ إلَّا سالمًا ومباركًا وربيعًا»، أو يقول: «نسائي طوالقُ إلَّا زينبَ وعَمْرَةَ وفاطمةَ»، وليس له عبيدٌ ولا نساءٌ غيرُ المستثنى: صحَّ الاستثناء، ولا يعتِقُ أحدٌ منهم، ولا تطلُقُ واحدةٌ منهنَّ؛ لأنَّه إذا اختلفَ اللَّفظ: يُتوهَّمُ بقاءُ شيءٍ منَ المستثنى؛ إذِ اللَّفظُ صالحٌ له، وذلك

(١) أي: صدر الكلام، وهو المستثنى منه، قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، كذا في «الكفاية»: (٧/ ٣٢٨) (مِنهُ).

(٢) هذا تفسير الأكمل: (٨/ ٣٥١) لقول صاحب «الهداية»: ((لأنَّ الاستثناء مع الجملة عبارةٌ عن الباقي)) (مِنهُ).

(٣) في (ح٢): «استثناء»، وفي (ح٥): «الثَّنايا»، والمثبت موافقٌ للمصدر.

(٤) وعلى هذا لو قال: «أوصيت بثلث مالي إلَّا ثلثَ مالي»: لا يصحُّ الاستثناء، ويأخذ الموصى له ثلث ماله، ولو قال: «أوصيت له بثلث مالي إلَّا ألفًا»، وثلث ماله ألفٌ لا غير: صحَّ الاستثناء، ولا يستحقُّ الموصى له شيئًا؛ لما ذكرنا أنَّه يتبع صحَّة اللَّفظ؛ لأنَّه تصرُّف لفظيٌّ، فينبني على صحَّة اللَّفظ، كذا في «التَّبيين»: (٥/ ١٤) (مِنهُ).

(فإنِ استَثنى كَيليًّا أو وَزنيًّا مِن دَراهِمَ: صَحَّ قيمَتُهُ، وإنِ استَثنى غيرَهُما منها: لم يَصِحَّ) إن قال: «له عليَّ مئةُ درهمٍ إلَّا دينارًا[١]»، أو: «إلَّا قَفيزَ حنطةٍ»: صحَّ الاستثناء[٢].

وإن قال: «إلَّا ثوبًا»: لم يصحَّ، هذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف[٣]؛ لوجود المجانَسةِ من وجهٍ إذا كان مكيلًا أو موزونًا.

ذخيرة العقبى

يكفي لصحَّة الاستثناء، ولا يُشترَطُ حقيقةُ البقاء؛ لأنَّ الاستثناءَ يتبعُ صحَّةَ الكلامِ لفظًا، لا لتحقُّق ما دخلَ تحتَه.

فإن قيل: هذا ترجيحُ جانبِ اللَّفظِ على المعنى، وإهمالُ المعنى رأسًا، فما وجهُ ذلك؟

أُجيب: بأنَّ الاستثناءَ تصرُّفٌ لفظيٌّ، ألا يُرى أنَّه لو قال: «أنتِ طالقٌ ستَّ تطليقاتٍ إلَّا أربعةً»: صحَّ الاستثناءُ ووقعَ تطليقتان وإن كانت السِّتُّ لا صحَّةَ لها من حيثُ الحكم؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يزيدُ على الثَّلاث؟ ومعَ هذا لا يُجعَلُ كأنَّه قال: «أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا أربعًا»، فكان اعتبارُه أَولى، كذا في «التَّبيين»(١).

[١] قولُه: (إلَّا دِينارًا) أقول: إنَّما قدَّمَ مثالَ الوزنيِّ معَ تأخُّرِه في المتن؛ لكونه أقربَ بحسَبِ اللَّفظِ والمعنى كما لا يخفى.

[٢] قولُه: (صحَّ الاستثناء) فلزمَه مئةٌ إلَّا قيمةَ الدِّينارِ أوِ القفيز.

[٣] قولُه: (هذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسُف) يعني: أنَّ عدمَ تناولِ الدَّراهمِ غيرَها لفظًا: ظاهرٌ، وإنَّما الكلامُ في الحكم، فقلنا: يتناولُ ما كان على أخصِّ أوصافِها

(١) «تبيين الحقائق»: (٥/ ١٦).

وعند محمَّدٍ: لا يصحُّ في الكلِّ؛ لعدم المجانَسة.

وعند الشَّافعيِّ: يصحُّ في الكلِّ[١]؛ للمجانَسة من حيثُ الماليَّةُ(١).

(ومَن أقرَّ[٢] ووَصَلَ بِهِ: «إن شاءَ اللهُ»: بَطَلَ إقرارُهُ(٢)[٣]).

ذخيرة العقبى

الذي هو الثَّمنيَّة، وهو الدَّنانير، والمقدَّرات، والعدديُّ المتقارِب، أمَّا الدَّنانير: فظاهرةٌ، وأمَّا المقدَّرات: فلأنَّها أثمانٌ بأوصافها، فإنَّها إذا وُصِفَت: يثبتُ في الذِّمَّة حالًّا أو مؤجَّلًا، وجاز الاستقراضُ بها، وأمَّا العدديُّ المتقارب: فلأنَّه بمنزلة المثليِّ في قلَّة التَّفاوت.

ولمحمَّدٍ: أنَّ الاستثناءَ لولاه: لدخل تحتَ اللَّفظ، وذلك لا يتحقَّقُ في خلاف الجنس، وهذا هو القياس.

[١] **قولُه**: (يصحُّ في الكلِّ) أي: حتَّى في الثَّوب.

[٢] **قولُه**: (ومَن أقرَّ) شروعٌ في بيان ما هو في معنى الاستثناء، وبهذا يظهرُ وجهُ عطفِ صاحبِ «الهدايةِ»(٣) في عنوان الباب: ((وما في معناه)) عليه.

[٣] **وقولُه**: (بَطَلَ إقرارُهُ)؛ لأنَّه إمَّا إبطالٌ كما هو مذهبُ أبي يوسف، أو تعليقٌ كما هو مذهبُ محمَّدٍ.

وثمرةُ الخلافِ تظهر: فيما إذا قدَّمَ فقال: «إن شاءَ الله أنتِ طالقٌ»، عند أبي يوسف: لا يقعُ الطَّلاق؛ لأنَّه إبطالٌ، وعند محمَّدٍ: يقع؛ لأنَّه تعليقٌ، فإذا قدَّمَ الشَّرطَ

---

(١) ينظر: «فتح العزيز»: (١١/ ١٧٨).

(٢) وكذا كلُّ إقرارٍ علِّق بالشَّرط. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٦٥).

(٣) «الهداية»: (٣/ ١٨٢).

(ولوِ استَثنى بِناءَ دارٍ أقرَّ بها: كانا[١] للمُقرِ لهُ)؛ لأنَّ الاستثناءَ لا يصحُّ؛ لأنَّ البناءَ إنَّما يدخلُ بالتَّبعيَّة[1]، وما هو كذلك لا يصحُّ استثناؤه.

(وإن قالَ: «بِناؤها لي، وعَرصَتُها[٢] لك»: فكما قالَ، وفَصُّ[٣] الخاتَمِ، ونَخلَةُ البُستانِ كبِنائها) إن قال: «هذا الخاتَمُ لفلانٍ إلّا فصَّه»، أو: «هذا البستانُ له إلّا نخلةً»: لا يصحُّ الاستثناء[2].

ولم يذكرْ حرفَ الجزاء: لم يتعلَّقْ، وبقيَ الطَّلاقُ من غير شرطٍ فوقع[٤][٥].

[١] قولُه: (بالتَّبعيَّة)؛ لأنَّ اسمَ الدَّارِ لا يتناولُ البناءَ مقصودًا؛ لأنَّه وصفٌ فيه، وهو يدخلُ تبعًا لا قصدًا، كذا في «تاج الشَّريعة»[٦].

[٢] قولُه: (لا يصحُّ الاستثناء)؛ لأنَّ الإقرارَ بالخاتَم والبستانِ لأصالتهما كالإقرارِ بالفَصِّ والنَّخل، وجنسُ هذه المسائلِ يُخرَّجُ على أصلَين:

أحدُهما: أنَّ الإقرارَ بعد الدَّعوى صحيحٌ دونَ العكس.

(١) أي: البناء والدَّار.

(٢) العَرصة: ساحة الدَّار، والبقعة الواسعة بين الدُّور لا بناء فيها. «المعجم الوسيط»: (عرص).

(٣) الفَصُّ: ما يركَّب في الخاتم من الحجارة الكريمة وغيرها. «المعجم الوسيط»: (فص).

(٤) وكيفما كان لم يلزمه الإقرار؛ لأنَّه إن كان الأوَّل: فقد بطل، وإن كان الثَّاني: فكذلك، إمَّا لأنَّ الإقرار لا يحتمل التَّعليق بالشَّرط؛ لأنَّ الإقرار إخبارٌ عمَّا سبق، والتَّعليق إنَّما يكون بالنِّسبة إلى المستقبل، وبينهما منافاةٌ، وإمَّا لأنَّه شرطٌ لا يوقَف عليه، والتَّعليق به غير صحيحٍ، وقد تقدَّم في الطَّلاق، كذا في «العناية»: (٨/ ٣٥٧) (مِنهُ).

(٥) قال في «الكوسجيَّة»: ((ولقائلٍ أن يقول: ينبغي أن لا يعمل إبطاله في إقراره؛ لأنَّه رجوعٌ؛ يعني: والرُّجوع في الإقرار باطلٌ، وأُجيب عنه: بأنَّ الرُّجوع عنه إنَّما يبطل بعد تمامه، وقوله: «إن شاء الله» إبطالٌ، وليس برجوعٍ كما لا يخفى، فليُتأمَّل (مِنهُ).

(٦) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ٨٤) مخطوط.

ولو قال: «الحلَقةُ له، والفَصُّ لي»، أوِ: «الأرضُ له، والنَّخلُ لي»: يصحُّ.

(فإن قال: «لهُ عليَّ ألفٌ مِن ثَمَنِ عَبدٍ ما قَبَضتُهُ»، وعَيَّنَه، فإن سَلَّمَهُ المُقَرُّ له[1]: لَزِمَهُ الألفُ، وإلَّا: لا).

[١] قولُه: «ما قبضتُه»: صفةُ العبد، وقولُه: «وعيَّنَه» أي: عيَّنَ العبد، وهو في يد المقَرِّ له، فإن سلَّمَ ذلك العبدَ إلى المقِرِّ: لزِمَه ألفٌ، وإلَّا: لا.

(وإن لم يُعَيِّن(١): لَزِمَهُ، و«ما قَبَضتُهُ» لَغوٌ) أي: قولُه: «وما قبضتُه» لغوٌ عند أبي حنيفة، سواءٌ وصلَ أو فصل؛ لأنَّ إنكارَ القبضِ في غير المعيَّنِ يُنافي الوجوب؛ لأنَّ جهالةَ المبيعِ كهلاكِه، فلا يجبُ الثَّمن، فيكونُ هذا رجوعًا.

وعندهما: إن وصل: صُدِّق؛ لأنَّه بيانُ تغييرٍ عندهما.

(كقَولِهِ: «مِن ثَمَنِ خَمرٍ») أي: يكونُ لغوًا[٢] عند أبي حنيفة، وصلَ أم فصل.

وعندهما: إن وصل: صحَّ، وإن فصل: لا.

ذخيرة العقبى

والثَّاني: أنَّ إقرارَ الإنسانِ ليس بحُجَّةٍ على غيره.

[١] قولُه: (فإن سلَّمَ المُقَرُّ لهُ ذلك) أي: العبدَ المذكور.

[٢] قولُه: (أي: يكونُ لغوًا) أي: لو قال: «له عليَّ ألفٌ من ثمن خمرٍ» أو: «من ثمن خنزيرٍ»: لزمَه الألف، ولم يُقبَلْ تفسيرُه عند أبي حنيفةَ مطلقًا إذا لم يُصدِّقْه المقَرُّ له؛ لأنَّه رجوعٌ؛ لأنَّه أقرَّ بوجوب الألف، ثمَّ زعمَ أنَّه لم يكن واجبًا عليه، لأنَّ ثمنَ الخمرِ لا يجبُ على المسلم، فكان رجوعًا.

(١) أي: وإن لم يعيِّن المقِرُّ العبدَ: لزم المقرَّ الألف. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٦٨).

(وفي: «مِن[1] ثَمَنِ مَتاعٍ، أو: قَرضٍ، وهي زُيوفٌ، أو نبهرَجَةٌ، أو سَتُّوقَةٌ، أو رَصاصٌ»: لَزِمَهُ الجَيِّدُ[1]) عند أبي حنيفة، وصلَ أم فصل.

وعندهما: إن وصل: يُصدَّق؛ لأنَّه رجوعٌ عنده، وبيانُ تغييرٍ عندهما.

(وفي: «مِن غَصبٍ، أو وَديعَةٍ» إنِ ادَّعى أحَدَ هذه: صُدِّقَ، إلَّا فَصلًا في الآخَرَينِ) أي: إن قال: «له عليَّ ألفٌ من غصبٍ أو وديعةٍ إلَّا أنَّها زُيوفٌ، أو نَبهرَجةٌ»: صُدِّقَ وصلَ أم فصل.

وإن قال: «سَتُّوقةٌ، أو رصاصٌ»: فإن وصل: صُدِّق، وإن فصل: لا.

والفرقُ بين البيع والقرض، وبين الغصب والوديعة: أنَّ الأوَّلَينِ يقعانِ على الجياد، فإن فسَّرَ الدَّراهمَ بغير الجيادِ: يكونُ رجوعًا، والغصبَ والوديعةَ يقعانِ[2]

---

[1] قولُه: (لَزِمَهُ الجَيِّدُ) أي: لو قال المقرُّ له بعد تمام كلامِ المقِرِّ: «هي جيادٌ».

[2] قولُه: (والغصبَ والوديعةَ يقعانِ... إلخ)؛ لأنَّ الإنسانَ يغصِبُ ما يجد، ويودِعُ ما يملك، فلا مقتضى له في الجياد، ولا تعاملَ في غصب الجيادِ ولا في إيداعها، فيكونُ بيانَ النَّوع، فيصحُّ وإن كان مفصولًا، وفيه نظرٌ، ذُكِرَ وجهُه في الحاشية(2).

---

(1) «من»: سقط من (ش3).

(2) وهو أنَّه قد تقدَّم في قول أبي حنيفة: أنَّ الزِّيافة في الدَّراهم عيبٌ، فيكون ذكر الزَّيف رجوعًا، فلا يُقبَل أصلًا، فلا أقلَّ من أن يكون بيانًا مغيِّرًا، فلا يُقبَل مفصولًا.
ويمكن أن يُجاب عنه: أنَّا قد ذكرنا أنَّها صفةٌ، والموصوف بها قد يكون متَّصفًا بها من حيثُ الخِلقة، فيكون منوَّعًا ليس إلَّا، كما في الحنطة، وقد لا يكون، وحينئذٍ يجوز أن يكون منوَّعًا وعيبًا، والضَّابط في ذلك: أن يُنظَر في الجهة الموجِبة لها، فإن اقتضت السَّلامة: كانت الزِّيافة عيبًا، وإلَّا: كانت نوعًا، وذلك لأنَّها لمَّا اقتضتها: تقيَّدت بها، فلا يمكن أن تكون الزِّيافة =

على كلِّ ذلك، والسَّتُّوقةَ والرَّصاصَ ليسا من جنس الدَّراهم، وإنَّما سُمِّيا دراهمَ مجازًا، فيكونُ بيانَ تغييرٍ، إن وَصَلَ: صُدِّق، وإن فَصَلَ: لا[١].

(وصُدِّقَ في: «غَصَبتُ ثَوبًا» وجاءَ بمَعيبٍ، وفي: «لهُ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ(١) إلَّا أنَّهُ يَنقُصُ كذا» مُتَّصِلًا، وإن فَصَلَ: لا)؛ لأنَّ الاستثناءَ يصحُّ متَّصلًا لا منفصلًا.

(ولو قالَ: «أخَذتُ منكَ ألفًا وَديعَةً فهَلَكَت»، وقالَ الآخَرُ: «بل غَصبًا»: ضَمِنَ(٢).

وفي: «أعطَيتَنيهِ وَديعَةً»، وقالَ الآخَرُ: «غَصَبتَنيهِ»: لا) **والفرق: أنَّ في الأوَّل:** أقرَّ بوجوب الضَّمان، وهو الأخذ، **وفي الثَّاني:** لم يُقِرَّ بذلك، بل الآخَرُ يدَّعي عليه الغَصب، وهو يُنكِرُه، فالقولُ له.

(وفي: «هذا كانَ وَديعَةً لي عندَكَ، فأَخَذتُهُ»، فقالَ: «هو لي»: أخَذَهُ) أي: المقرُّ له؛ لأنَّه أقرَّ بيده، ثمَّ ادَّعى أنَّه كان لي فأخذتُه، فيُسلِّمُه إلى المقرِّ له، ويُقيمُ البيِّنة.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه:** (وإن فَصَلَ: لا) ولو كان الفصلُ ضرورةَ انقطاعِ الكلام: فهو وصلٌ؛ لأنَّ الإنسانَ قد يحتاجُ إلى التَّكلُّم بكلامٍ كثيرٍ ويذكرُ الاستثناءَ في آخره، ولا يُمكنُ أن يتكلَّمَ بجميع ذلك بنفَسٍ واحدٍ، فكان عفوًا؛ لعدم الاحترازِ عنه.

= نوعًا منها؛ لتباينهما، لكنَّها تنافيها تنافيَ التَّضادِّ، فكانت عيبًا؛ لأنَّ ضدَّ السَّلامة عيبٌ، وإذا لم تقتضِها: كانت نوعين لمطلق الدَّراهم؛ لاحتماله إيَّاهما احتمالَ الجنس والأنواع، كذا في «الأكمليَّة»: (٨/ ٣٧٢) (مِنهُ).

(١) «درهمٍ»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(م١) و(م٢).

(٢) أي: المقرُّ؛ لأنَّه أقرَّ بسبب الضَّمان، وهو الأخذ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٨٧).

(وصُدِّقَ مَن قالَ[1]: «آجَرتُ فَرَسي، أو ثَوبي هذا، فرَكِبَهُ، أو لَبِسَهُ ورَدَّهُ عليَّ(١)»، أو: «خاطَ ثَوبي هذا بكذا فقَبَضتُهُ») هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجبُ أن يُسلِّمَ إلى المقرِّ له، ثمَّ يدَّعيَه، كما في مسألة الوديعة، وهو القياس، ووجهُ الاستحسان: أنَّ في الإجارة لم يُقِرَّ بيد الآخرِ مطلقًا، بل يدُه ضروريَّةٌ لأجل الانتفاع، فبقيَ فيما وراءَ الضَّرورةِ في حكم يدِ المؤجِّر، بخلاف الوديعة.

[١] قولُه: (وصُدِّقَ مَن قالَ) يعني: القولُ قولُ مَن أخذَ منه الدَّابَّةَ والثَّوبَ إذا لم يكنْ ذلك معروفًا للمقِرِّ، أمَّا إذا كان: فالقولُ للمقِرِّ في قولهم جميعًا؛ لأنَّ المِلكَ إذا كان معروفًا للمقِرِّ: لا يكونُ مجرَّدُ اليدِ فيه لغيره سببَ الاستحقاقِ عليه.

---

(١) «عليَّ»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥) و(م١) و(م٢).

بابُ إقرارِ المريض(١)

(دَينُ صِحَّتِهِ مُطلَقًا) أي: سواءٌ عُلِمَ سببُه(٢)، أو عُلِمَ بالإقرار[١] (ودَينُ مَرَضِهِ) **المراد**: مرضُ الموتِ (بسَبَبٍ فيهِ[٢] وعُلِمَ[٣] بلا إقرارٍ؛ كبَدَلِ[٤] ما مَلَكَهُ، أو أتلَفَهُ، أو مَهرِ عِرسِهِ سَواءٌ، وقُدِّما[٥] على ما أقَرَّ به في مَرَضِهِ) هذا عندنا.

بابُ إقرارِ المريض

[١] **قولُه**: (بالإقرار) أي: الصَّادرِ في الصِّحَّة.

[٢] **قولُه**: (بسَبَبٍ فيه) أي: دَينٍ ثابتٍ بسببٍ حادثٍ في المرض.

[٣] **قولُه**: (وعُلِمَ) أي: ذلك السَّببُ بدون إقرارِ المريض.

[٤] **وقولُه**: (كبَدَلِ... إلخ) أمثلةٌ لديون المرضِ التي عُلِمَت أسبابُه؛ كما إذا استقرَضَ مالًا في مرضه، وعاينَ الشُّهودُ دفعَ المقرِضِ المالَ إليه، أوِ اشترى شيئًا، وعاينَ الشُّهود، وقبضَ المبيعَ، أوِ استأجرَ شيئًا بمعاينة الشُّهود، أوِ استهلكَ مالًا لإنسانٍ بمحضرٍ منَ النَّاس، أو تزوَّجَ امرأةً بمهر مثلِها، كذا في «تاجِ الشَّريعة».

[٥] **قولُه**: (وقُدِّما) أي: ديونُ الصِّحَّةِ والدُّيونُ التي عُرِفَت أسبابُها مقدَّمةٌ على الدُّيون المقرِّ بها في المرض، وإذا قُضيَتِ الدُّيونُ المتقدِّمةُ بنوعَيها وفضَلَ شيءٌ:

(١) في نُسخ المتن والشَّرح «بابٌ مِن الإقرار»، والمثبت من (ش٥) وهو موافق لِما في «الهداية»: (٣/ ١٨٦) وهو أوضح. في (ح١) و(ح٣) و(ح٤): «بابٌ من الإقرار»: في (ح٢): «باب الإقرار في المرض».

(٢) في بعض النسخ: «بالسبب».

وعند الشَّافعيِّ: هذا[١] يُساوي الأوَّلَين(١)؛ لاستواء السَّبب، وهو الإقرار(٢)[٢].

ولنا[٣]: أنَّ إقرارَ المريضِ وقعَ بما تعلَّقَ به من حقِّ الغير.

(والكُلُّ على الإرثِ وإن شَمِلَ مالَهُ) أي: الدُّيونُ الثَّلاثة، وهي: دينُ الصِّحَّة، ودينُ المرضِ(٣) بسببٍ معلومٍ، ودينُ المرضِ الذي عُلِمَ بمجرَّد الإقرار: مقدَّمٌ

صُرِفَ إلى ما أقرَّ به في حالة المرض(٤).

[١] قولُه: (وعند الشَّافعي: هذا... إلخ) أي: ما أقرَّ به في المرض منَ الدُّيون التي لا يُعلَمُ أسبابُها (يساوي للأوَّلَين)؛ يعني: دينَ الصِّحَّةِ مطلقًا، ودينَ المرضِ الذي عُلِمَتْ أسبابُه كما لا يخفى.

[٢] قولُه: (وهو الإقرار) أقول: ظاهرُه يوهِمُ انحصارَ السَّببِ في الإقرار في كلِّ واحدٍ منَ الأوَّلَينِ معَ انتفائه فيما عُلِمَ سببُه منهما، فاحتاجَ الشَّافعيُّ في بيان التَّسويةِ بينَه وبينَ الإقرارِ في المرض إلى توجيهٍ آخر، فليُتأمَّلْ.

[٣] قولُه: (ولنا:... إلخ) يعني: أنَّ الإقرارَ غيرُ معتبَرٍ إذا تضمَّنَ إبطالَ حقِّ الغير، وإقرارُ المريضِ تضمَّنَه؛ لأنَّ حقَّ غرماءِ الصِّحَّةِ تعلَّقَ بهذا المالِ استيفاءً، ولهذا مُنِعَ منَ التَّبرُّع مطلقًا إذا أحاطَتِ الدُّيونُ بماله، وبالزِّيادة على الثُّلثِ إذا لم يكنْ عليه دَينٌ.

---

(١) أي: ما أقرَّ به في مرضه يساوي الأوَّلين في الدَّرجة؛ لاستوائهما في سبب الوجوب، وهو الإقرار الصَّادر عن عقلٍ ودينٍ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٧٨).

(٢) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٥/ ٧٠).

(٣) في (ش١) زيادة: «الذي».

(٤) لأنَّ الإقرار في دَينه محمولٌ على الصِّدق في حقِّه حُجَّةً عليه، وإنَّما رُدَّ حقًّا لغرماء الصِّحَّة، فإذا لم يبق حقُّهم: ظهرت صحَّته، كذا في «الهداية» و«العناية»: (٨/ ٣٨٦) (مِنهُ).

على الإرث، وإن شمِلَ جميعَ المال[١].

(ولا يَصِحُّ أن يَخُصَّ) أي: المريضُ في مرض الموت (غَريمًا[٢] بقَضاءِ دَينِهِ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وإن شَمِلَ جميعَ المال)؛ لعدم تضمُّنِه إبطالَ حقِّ الغير، وكان المقرُّ له أَولى منَ الورثة؛ لقولِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا أقرَّ المريضُ بدينٍ: جاز ذلك في جميع تركتِه(١)، ولأنَّ قضاءَ الدَّينِ منَ الحوائج الأصليَّة؛ لأنَّ به رفعَ الحائلِ بينَه وبينَ الجنَّة، وحقُّ الورثةِ يتعلَّقُ بالتَّركة بشرط الفراغِ عنِ الحاجة، ولهذا يُقدَّمُ تجهيزُه وتكفينُه.

[٢] قولُه: (غَرِيمًا) يعني: لا يجوزُ للمريض أن يقضيَ دَينَ بعضِ الغرماءِ دونَ بعضٍ؛ سواءٌ كانوا غرماءَ الصِّحَّة، أوِ المرض، أو مختلِطين؛ لأنَّ في ذلك إبطالَ حقِّ الباقين، فإن فعلَ ذلك: لم يسلَمِ المقبوضُ للقابض(٢)؛ بل يكونُ بينَ الغرماءِ بالحصص عندنا، إلَّا إذا قضى في مرضه ما استقرضَه في مرضه، أو نقدَ ثمنَ ما اشترى كذلك، وقد عُلِمَ ذلك بالبيِّنة أو بالمعاينة: جاز، وسلِمَ المقبوضُ للقابض لا يُشاركُه غيرُه؛ لأنَّه لم يُبطِلْ حقَّ الغرماء، وإنَّما حوَّلَه من محلٍّ إلى محلٍّ يعدِلُه(٣)، أرأيتَ لو ردَّ ما استقرضَه بعينه، أو فسخَ البيعَ وردَّ المبيع: أكان يمتنعُ سلامتُه للمردود عليه بحقِّ غرماءِ الصِّحَّة؟ لا(٤)، فكذلك إذا ردَّ بدلَه؛ لأنَّ حكمَ البدلِ حكمُ المبدَل، هذا زبدةُ ما في «الأكمليَّة»(٥).

(١) قال الزَّيلعيُّ في «نصب الرَّاية»: (٤/ ١١١): ((قلت: غريبٌ)).
(٢) كُتِبَ على هامش (ح٤): وفي قوله: «المقبوض إلى القابض» مجازٌ مرسَلٌ من قبيل تسميته باسم ما يؤول إليه. من هوامش «الفرائد».
(٣) أي: يساويه (مِنهُ).
(٤) في (ح٥): «أو لا»، والمثبت موافقٌ للمصدر.
(٥) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٨٥).

ولا إقرارِهِ لوارِثِه[١] إلَّا أن يُصَدِّقَهُ البَقِيَّةُ) أي: بقيَّةُ الغرماءِ في الدَّين، وبقيَّةُ الورثةِ في الإقرار لوارثٍ.

(وإن أقَرَّ) أي: المريض (بشَيءٍ لرَجُلٍ ثُمَّ ببُنُوَّتِهِ: ثَبَتَ نَسَبُهُ، وبَطَلَ ما أقَرَّ(١)، وصَحَّ ما أقَرَّ لأجنَبِيَّةٍ[٢] ثُمَّ نكَحَها)؛ لأنَّ في الأوَّل إقرارَ المريضِ لابنه، وفي الثَّاني لأجنبيَّةٍ.

---

[١] قولُه: (ولا إقرارِهِ لوارثٍ)؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «**لا وصيَّةَ لوارثٍ**»(٢) ولا إقرارَ له بالدَّين، ولأنَّ حقَّ الورثةِ تعلَّقَ بماله في مرضه، ولهذا يُمنَعُ منَ التَّبرُّع على الوارث أصلًا(٣).

[٢] قولُه: (لأجنَبِيَّةٍ) بخلاف ما لو وهبَ لها هبةً، أو أوصى لها وصيَّةً ثمَّ تزوَّجها: فإنَّهما يبطلان؛ لأنَّ الوصيَّةَ تمليكٌ بعد الموت، وهي وارثةٌ حينئذٍ، ولا وصيَّةَ للوارث، والهبةُ وإن كانت منجَّزةً(٤) صورةً: فهي كالمضافِ إلى ما بعد الموت؛ لأنَّ حكمَها يتقرَّرُ عنده، إلَّا أنَّها تبطلُ بالدَّين المستغرِق، وعند عدم الدَّينِ يُعتبَرُ منَ الثُّلث، كذا في «شرح الكنز»(٥).

---

(١) أي: إذا أقرَّ لأجنبيٍّ بشيءٍ، ثمَّ قال: «هو ابني» يثبت نسبه، وبطل إقراره. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٩١). وفي (م٢): «إقراره»، و(م١) زيادة: «به».

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠)، والتِّرمذيُّ (٢١٢٠)، والنَّسائيُّ (٢٧١٣) من حديث أبي أمامة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، والنَّسائيُّ (٣٦٤١) من حديث عمرو بن خارجة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٣) وفي أحد قولي الشَّافعيِّ: يصحُّ، دليله مذكورٌ في «الهداية» إجمالًا، وفي «العناية»: (٨/ ٣٨٨) تفصيلًا (مِنهُ).

(٤) المنجَّزة: ضدُّ المعلَّقة، كذا في «المغرب»: (نجز) (مِنهُ).

(٥) ينظر: «الإيضاح شرح الكنز»: (ق٢/ ٨٤) مخطوط.

(ولو أَقَرَّ[١] ببُنُوَّةِ غُلامٍ جُهِلَ نَسَبُهُ، ويولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ) أي: هما في السِّنِّ بحيثُ يولَدُ مثلُه لمثله (وصَدَّقَهُ الغُلامُ: يَثْبُتُ(١) نَسَبُهُ ولو في مَرَضٍ[٢]، ويُشارِكُ(٢) الوَرَثَةَ(٣)) تصديقُ الغلامِ إنَّما يُشترَطُ إذا كانَ ممَّن يُعبِّر، وإن لم يُعبِّر وماتَ المقِرُّ: يثبتُ نسبُه، وشاركَ الورثةَ بلا تصديقٍ.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ولو أقرَّ) شروعٌ لبيان الإقرارِ بالنَّسب بعد الفراغ عن بيان الإقرارِ بالمال لقلَّتِه، وله شرائطُ ثلاثةٌ ذكرَها المصنِّفُ:

١- أن لا يكونَ الولدُ ثابتَ النَّسب؛ لئلَّا يمتنعَ ثبوتُه منَ المقِرِّ.

٢- وأن يولدَ... إلخ؛ لئلَّا يكونَ مكذَّبًا في الظَّاهر.

٣- وأن يُصدِّقَ الغلامُ المقِرَّ.

قيل: مجهولُ النَّسبِ مَن لا يُعلَمُ له أبٌ في بلده الذي يسكنُ فيه، لا في مسقط رأسِه كما اختارَه البعض؛ لأنَّ المغربيَّ إذا انتقلَ إلى المشرق فوقعَ في حادثةٍ: يلزمُ الاستفسارُ عن نسبه في المَغرِب، كذا نُقِلَ منَ «القنية»(٤).

[٢] قولُه: (ولو في مَرَضٍ) تصريحٌ لقولهم: لا يمتنعُ الإقرارُ بالنَّسب بسبب المرض(٥)؛ لأنَّه منَ الحوائج الأصليَّة(٦)، وهو يلزمُه خاصَّةً، ليس فيه تحميلُه على الغير.

---

(١) في (م١) و(م٢): «ثبت». (٢) في (م١) و(م٢): «وشارك».

(٣) أي: لو أقرَّ رجلٌ بغلامٍ ليس له نسبٌ معروفٌ، ويولد مثل هذا الغلام لمثل ذلك الرَّجل، وأنَّه ابنه، وصدَّقه الغلام: ثبت نسبه من ذلك الرَّجل، وإن كان الرَّجل أقرَّ في مرضٍ شارك الغلام الورثة في الميراث. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٢٨٣).

(٤) و«شرح الأكمل لتلخيص الجامع» (مِنهُ). «قنية المنية»: (٥٤٠).

(٥) يعني: إذا كان يعبِّر عن نفسه؛ لأنَّه في يد نفسه، بخلاف الصَّغير الذي لا يعبِّر عن نفسه، حيث لا يُشترَط تصديقه؛ لأنَّه في يد غيره (مِنهُ).

(٦) وهذا الدَّليل يدلُّ على صحَّة الإقرار بالأمّ؛ كصحَّته بالأب؛ كما اختاره المصنِّف =

[ما يجوزُ الإقرارُ به، وما لا يجوز]

(وصَحَّ إقرارُ الرَّجُلِ[١] والمَرأةِ بالوالِدَينِ، والوَلَدِ، والزَّوجِ، والمَولى[٢]، وشُرِطَ تَصديقُ هؤلاءِ، كما شُرِطَ تَصديقُ الزَّوجِ[٣]، أو شَهادَةُ القابِلَةِ(١) في إقرارِها

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وصحَّ إقرارُ الرَّجلِ... إلخ) شروعٌ في بيان ما يجوزُ الإقرارُ به، وما لا يجوز.(١)

[٢] وقولُه: (والمَولى) أي: مولى العَتاقة، سواءٌ كان أعلى أو أسفل، وسواءٌ كان الإقرارُ بهؤلاء(٢) في حالة الصِّحَّةِ أوِ المرض؛ لأنَّه أقرَّ بما يلزمُه، وليس فيه تحميلُ النَّسبِ على الغير، فتحقَّقَ المقتضى وانتفى المانع، فوجبَ القولُ بجوازه.

[٣] قولُه: (كما شُرِطَ تَصديقُ الزَّوجِ... إلخ) إشارةٌ إلى قول صاحبِ «الهداية»(٣): [((ولا يُقبَلُ بالولد)) أي:] ولا يُقبَلُ إقرارُ المرأةِ بالولد؛ لأنَّ فيه تحميلَ النَّسبِ على الغير؛ يعني: الزَّوج؛ لأنَّ النَّسبَ منه، قال الله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ [الأحزاب: ٥]، وعليه الإجماعُ إلَّا أن يُصدِّقَها الزَّوج؛ لأنَّ الحقَّ له، أو تشهدَ القابلةُ بالولادة؛ إذِ الفرضُ أنَّ الفراشَ قائمٌ، فيُحتاجُ إلى تعيين الولد، وشهادتُها(٤) في ذلك مقبولةٌ،

= وصاحب «الهداية»، وهو رواية أبي حنيفة، والمذكور في «المبسوط»: (١٧/ ١١٨) أنَّ إقرارهما يصحُّ بأربعة نفرٍ، بالأب والابن والمرأة ومولى العتاق، كذا في «العناية»: (٨/ ٣٩٥) (مِنهُ).

(١) في هامش (ش٤): القابلة: اسم امرأةٍ تحضر المرأة عند الولادة، وفي (م١) و(م٢): «قابلةٍ».

(٢) أي: الوالدين والولد والزَّوج والمولى (مِنهُ).

(٣) «الهداية»: (٣/ ١٨٨)، ما بين معكوفتين قول صاحب «الهداية»، وشرحه وبيانه من «العناية» بعينه.

(٤) أي: القابلة. وفي جميع النُّسخ عدا (ح٣): «وشهادته»، ولعلَّ توجيه ذلك: الزَّوج، والمثبت موافقٌ لـ«العناية».

بالوَلَدِ) تكفي شهادةُ امرأةٍ واحدةٍ، وذِكرُ القابلةِ[1] خرجَ مخرجَ العادة[2].

(وصَحَّ التَّصديقُ بعدَ مَوتِ المُقِرِّ إلَّا مِنَ الزَّوجِ بعدَ مَوتِها مُقِرَّةً) هذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ حُكمَ النِّكاحِ ينقطعُ بالموت[3]، فلا يصحُّ تصديقُ الزَّوجِ بعدَ

ذخيرة العقبى

وقد مرَّ في الطَّلاق(١)، وقد ذكرَ صاحبُ «الهدايةِ»(٢) في إقرار المرأةِ تفصيلًا في كتاب الدَّعوى(٣).

[١] قولُه: (وذِكرُ القابلةِ) وهي منَ النِّساء معروفةٌ(٤)(٥).

[٢] وقولُه: (خرجَ مخرجَ العادة) يعني: إنَّما خُصَّ بذكر القابلةِ معَ كفايةِ أيِّ امرأةٍ اتَّفقَتْ؛ لأنَّ ذكرَها جارٍ مجرى العادة(٦).

[٣] قولُه: (ينقطعُ بالموت) ولهذا لا يحلُّ له غَسلُها عندنا.

---

(١) أي: عند قول صاحب «الهداية»: «فإن جحد الولادة: يثبت بشهادة امرأةٍ واحدةٍ تشهد بالولادة، حتَّى لو نفاه الزَّوج: يلاعن». ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٤/ ٣٥٩). وينظر: (٣/ ١٨١) من كتابنا هذا عن قول الماتن: «أو أقرَّ الزَّوج به، أو ثبت ولادتها بحجَّةٍ تامَّةٍ».

(٢) حيث قال: «وإذا ادَّعت امرأةٌ صبيًّا أنَّه ابنها: لم تجز دعواها حتَّى تشهد امرأةٌ على الولادة». «الهداية»: (٣/ ١٧٦).

(٣) حيث قال: ((إذ إقرارها بولدٍ إنَّما لا يصحُّ إذا كانت ذات زوجٍ، وأمَّا إذا لم تكن منكوحةً ولا معتدَّةً قالوا: يثبت النَّسب منها بقولها؛ لأنَّ فيه إلزامًا على نفسها دون غيرها، ولا بدَّ من تصديق هؤلاء*، والمرأة شرط صحَّة تصديقها: خلوُّها عن زوجٍ آخر وعدَّته، وأن لا تكون أختها تحت المقرِّ ولا أربعٌ سواها، كذا في «الأكمليَّة»: (٨/ ٣٩٦).

* هذا لفظ الأكمل، لكن يحتاج إلى تأمُّل (مِنهُ).

(٤) يقال: أقبلت القابلة المرأة تقبلها قِبالةً - بالكسر -؛ إذا قبلت المرأة الولد؛ أي: تلقَّته عند الولادة، كذا في «مختصر الصِّحاح»: (ق ب ل)، وفيه أدنى تغييرٍ من «مطوَّله»* (مِنهُ). * «الصِّحاح تاج اللُّغة وصحاح العربية» للجوهري.

(٥) وهي بالتُّركيِّ: آورده (مِنهُ).

(٦) لأنَّ كثيرًا ما وقعت الشَّهادة في أمثال هذه الحادثة منها (مِنهُ).

انقطاعها، بخلاف تصديقِ الزَّوجة؛ لأنَّ حُكمَ النِّكاحِ باقٍ بعدَ الموت؛ لوجوب العدَّة[١].

وعندهما: يصحُّ باعتبار أنَّ حُكمَ النِّكاحِ - وهو الإرثُ - باقٍ بعد الموت.

وله: أنَّ التَّصديقَ يستندُ إلى الإقرار[٢]، والإرثَ حينَئذٍ معدومٌ.

(ولو أقرَّ بنَسَبٍ من غيرِ وِلادٍ(١)؛ كأخٍ وعَمٍّ: لا يَصِحُّ)؛ لأنَّه تحميلُ النَّسبِ على الغير (ويَرِثُ إلَّا معَ وارِثٍ وإن بَعُدَ(٢)[٣]).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (لوجوبِ العدَّة) فإنَّها واجبةٌ بعد الموت، وهي من آثار النِّكاح، ألا يُرى أنَّها تُغسِّلُه بعد الموت لقيام النِّكاح؟

[٢] **قولُه**: (يستندُ إلى الإقرار) معناه: أنَّ التَّصديقَ هو الموجِبُ لثبوت النِّكاحِ الموجبِ للإرث، فلا يُمكنُ أن يثبتَ بالإرث.

ولقائلٍ أن يُعارِضَ فيقول: لا يصحُّ التَّصديقُ على اعتبار العدَّة؛ لأنَّها معدومةٌ حالةَ الإقرار، وإنَّما يثبتُ بعد الموت، والتَّصديقُ يستندُ إلى أوَّل الإقرار، ويُفسَّرُ بما ذكرتم.

ويُمكنُ أن يُجابَ عنه: بأنَّ العدَّةَ لازمةٌ للموت عنِ النِّكاح بالإجماع، فجاز أن يُعتبرَ النِّكاحُ السَّابقُ قائمًا باعتبارها، فكذا المقرُّ به، وأمَّا الإرث: فليس بلازمٍ له؛ لجواز أن تكونَ المرأةُ كتابيَّةً، فلم يكنْ قائمًا باعتباره، كذا في «الأكمليَّة»(٣).

[٣] **قولُه**: (وإن بَعُدَ) يعني: إمَّا أن يكونَ له وارثٌ معروفٌ، قريبًا كان؛ كذوي الفروضِ والعصَباتِ مطلقًا، أو بعيدًا؛ كذوي الأرحام، أو لا يكون، فإن كان: فهو

(١) في (ش٢) و(ش٣) و(م١) و(م٢): «الولاد».
(٢) أي: إن كان للمقِرِّ وارثٌ لا يرثُ ذلك المقرُّ له، وإن لم يكن له وارثٌ غيره ورثه؛ لأن إقراره حجَّةٌ في حقِّ نفسه، فيقبل عند عدم الإضرار بغيره. «زبدة النهاية»: (٦/ ٢٨٨).
(٣) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٣٩٧).

(ومَن أقَرَّ بأخٍ وأبوهُ مَيِّتٌ: شارَكَهُ في الإرثِ بلا نَسَبٍ)؛ لأنَّ الميراثَ حقُّه، فيُقبَلُ فيه إقرارُه، وأمَّا النَّسبُ: ففيه تحميلٌ على الغير.

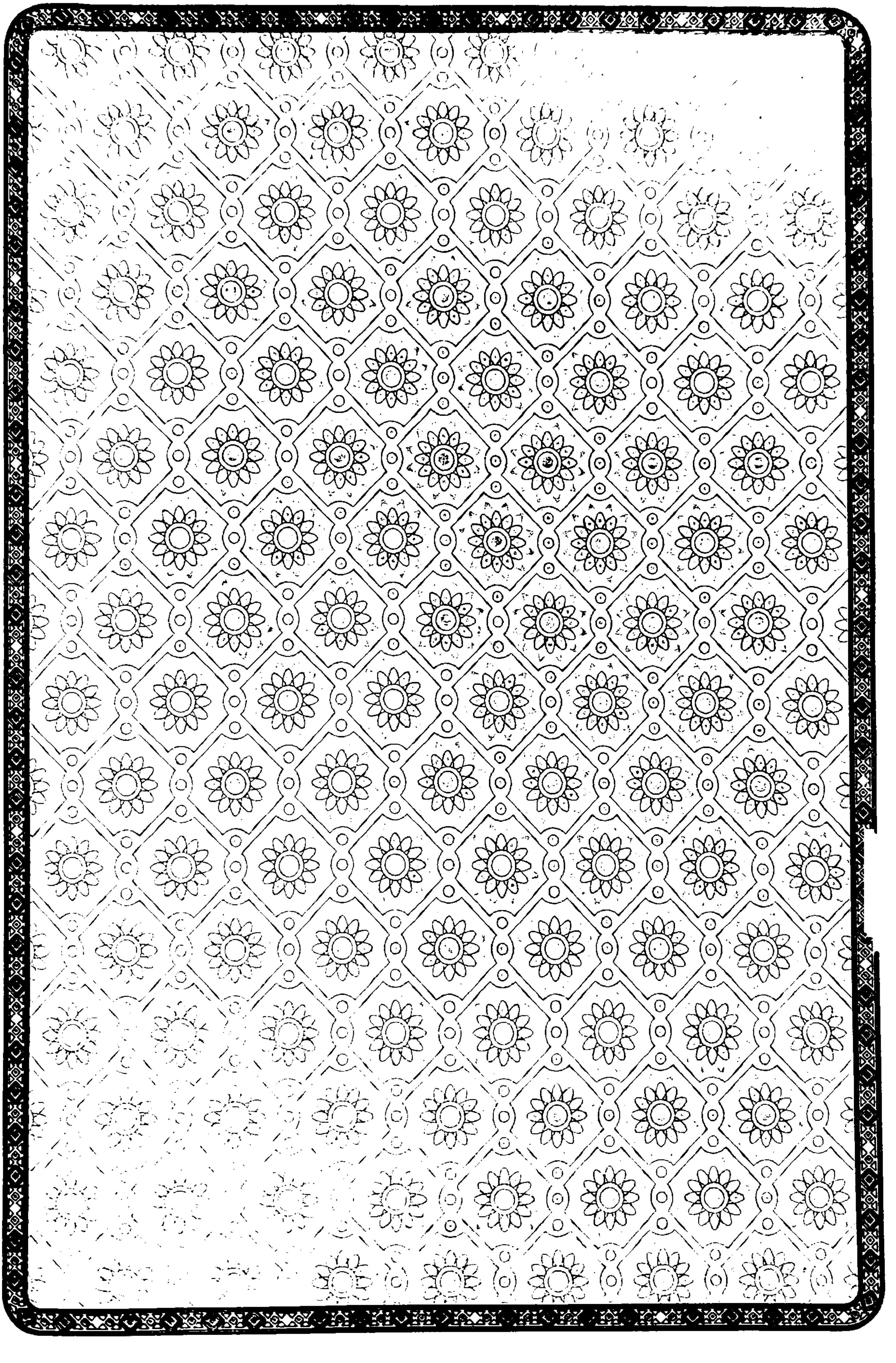
(ولو أقَرَّ أحَدُ ابنَي مَيِّتٍ لهُ على آخَرَ دَينٌ بقَبضِ أبيهِ نِصفَهُ: فلا شَيءَ له، والنِّصفُ للآخَرِ) إذا كان لزيدٍ على عمرٍو مئةُ درهمٍ، فأقرَّ أحدُ ابنَي زيدٍ أنَّ زيدًا قبضَ خمسين: فلا شيءَ للمقرِّ، والباقي لأخيه[1]؛ لأنَّ إقرارَ المقِرِّ ينصرفُ إلى نصيبه.

ذخيرة العقبى

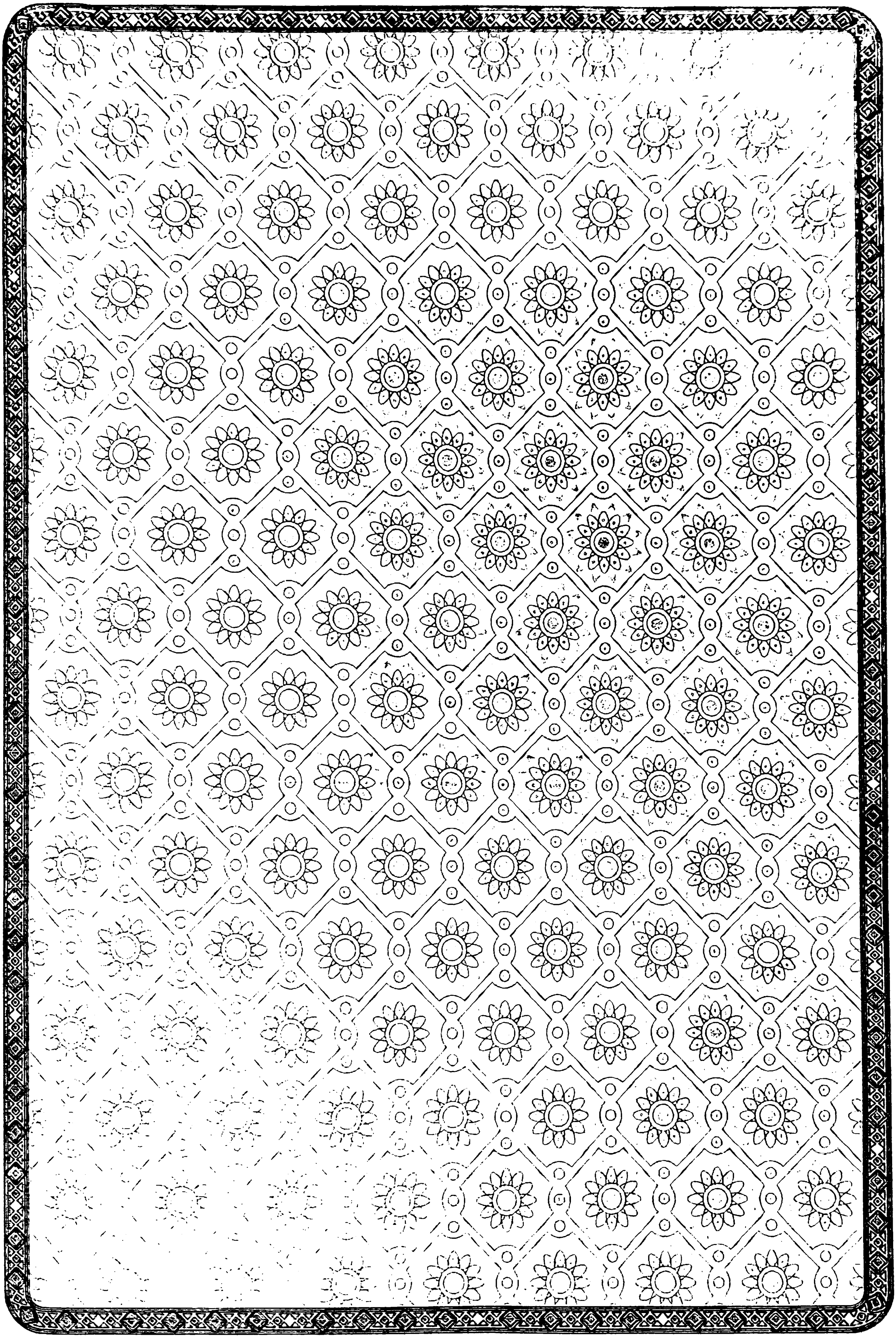
أَولى بالميراث منَ المقرِّ له، هذا لأنَّه لمَّا لم يثبتْ نسبُه: لم يُزاحمِ الوارثَ المعروفَ وإن لم يكنِ استحقَّ المقرُّ له ميراثًا(١).

[١] قولُه: (والباقي لأخيه) بعد أن يحلفَ بالله ما يعلمُ أنَّ أباه قبضَ منه الخمسين.

(١) لأنَّه أقرَّ بشيئين: بالنَّسب، وباستحقاق ماله بعده، والأوَّل إقرارٌ على غيره، وهو غير مسموعٍ، والثَّاني على نفسه، وهو مسموعٌ؛ لأنَّ له التَّصرُّفَ في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث، حتَّى لو أوصى بجميعه: استحقَّه الموصى له، كذا في «العناية»: (٨/ ٤٠٠) (مِنهُ).



كتاب الصلح



كتاب الصلح

(هو عَقدٌ يَرفَعُ النِّزاعَ).

(صَحَّ[١] معَ إقرارٍ وسُكوتٍ وإنكارٍ) أي: معَ إقرارِ المدَّعى عليه[٢]، أو سكوتِه، أو إنكارِه.

وعند الشَّافعيِّ: لا يصحُّ إلَّا في صورة الإقرار(١)[٣].

كتاب الصلح(٢)

وهو في اللُّغة(٣): اسمٌ للمصالَحة، وهي المسالَمة، خلافُ المخاصَمة، وفي الشَّريعة: ما ذكرَه المصنِّفُ.

[١] **قولُه**: (صَحَّ) أي: جاز الصُّلحُ بأنواعه الثَّلاثة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، فإنَّه بإطلاقه يتناولُها.

[٢] **قولُه**: (أي: معَ إقرارِ المدَّعى عليه) الحصرُ على هذه الأنواعِ ضروريٌّ؛ لأنَّ الخصمَ وقتَ الدَّعوى إمَّا أن يسكتَ أو يتكلَّمَ مجيبًا، وهو لا يخلو عنِ النَّفي والإثبات، لا يُقال: قد يتكلَّمُ بما لا يتَّصلُ بمحلِّ النِّزاع؛ لأنَّه يسقطُ بقولنا: «مجيبًا».

[٣] **قولُه**: (لا يصحُّ إلَّا في صورةِ الإقرارِ)؛ لأنَّ المدَّعى عليه في الإنكار والسُّكوتِ يدفعُ المالَ لدفع الخصومة، وهذه رِشوةٌ، وهي حرامٌ.

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»: (٢/ ٢١٥).

(٢) وأصله من الصَّلاح، وهو استقامة الحال، كذا في «الكفاية»: (٧/ ٣٧٦) (مِنهُ).

(٣) «في اللُّغة»: سقطت من جميع النُّسخ عدا (ح٣).

(فالأوَّلُ(١) كبَيعٍ إن وَقَعَ عن مالٍ[١] بمالٍ، فتَجري(٢) فيهِ الشُّفعَةُ والرَّدُّ بعَيبٍ، وخيارِ رُؤيَةٍ وشَرطٍ) سواءٌ صالَحَ عن دارٍ، أو على دارٍ، فللشَّفيع الشُّفعة، ويثبُتُ الرَّدُّ بالخيارات الثَّلاثةِ لكلِّ واحدٍ مِنَ المدَّعي والمدَّعى عليه في بدل الصُّلحِ والمصالَحِ عليه(٣).

ذخيرة العقبى

قلنا: هذا صلحٌ بعد دعوى صحيحةٍ، فكان كالصُّلحِ معَ الإقـرار، فيُقضى بجوازه؛ لوجود المقتضي وارتفاعِ المانع؛ لأنَّ المانعَ إمَّا أن يكونَ من جهة الدَّافع، أو من جهة الآخذ، وليس شيءٌ منهما بموجودٍ، وأمَّا الثَّاني: فلأنَّ المدَّعيَ يأخذُه في زعمه عوضًا عن حقِّه، وذاك مشروعٌ، وأمَّا الأوَّل: فلأنَّ المدَّعى عليه يدفعُه لدفع الخصومةِ عن نفسه، وهذا أيضًا مشروعٌ؛ إذِ المالُ وقايةُ الأنفس، ودفعُ الظُّلمِ عن نفسه بالرِّشوة: أمرٌ جائزٌ.

لا يُقال: لا نُسلِّمُ الجواز؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لعنَ الله الرَّاشيَ والمرتشيَ»(٤)، وهو عامٌّ؛ لأنَّه محمولٌ على ما إذا كان على صاحب الحقِّ ضررٌ محضٌ في أمرٍ غيرِ مشروعٍ، كما إذا دفعَ الرِّشوةَ حتَّى أخرجَ الوالي أحدَ الورثةِ عنِ الإرث، وأمَّا دفعُها لدفع الضَّررِ(٥) عن نفسه: فجائزٌ للدَّافع(٦).

[١] قولُه: (كبيعٍ إن وَقَعَ عن مالٍ... إلخ) الأصلُ فيه أنَّ الصُّلحَ يجبُ حملُه على

(١) أي: الصُّلح مع الإقرار.
(٢) في (م١): «فيجري».
(٣) في (ش٢) و(ش٤) و(ش٥): «عنه».
(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٨٠)، والتِّرمذيُّ (١٣٣٧)، وابن ماجه (٢٣١٣) من حديث عبد الله بن عمرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.
(٥) فيه إشارةٌ إلى عدم جوازه للآخذ (مِنهُ).
(٦) وتمامه في «أحكام القرآن» للرَّازيِّ: (٤/ ٨٥)، «عناية»: (٨/ ٤٠٨) (مِنهُ).

(ويُفسِدُهُ جَهالَةُ البَدَلِ[١]، وما استُحِقَّ مِنَ المُدَّعى: يَرُدُّ المُدَّعي حِصَّتَهُ مِنَ العِوَضِ، وما استُحِقَّ مِنَ البَدَلِ: رَجَعَ بحِصَّتِهِ مِنَ المُدَّعى، وكإجارَةٍ إن وَقَعَ عن مالٍ بمَنفَعَةٍ[٢]، فشُرِطَ التَّوقيتُ فيهِ) أي: إن كان البدلُ منفعةً يُعلَمُ بالتَّوقيت كالخدمة، وسُكنى الدَّار، بخلاف ما إذا وقعَ الصُّلحُ عنِ المال[٣] على نقل هذا

أقرب العقودِ إليه بناءً على أنَّ الاعتبارَ للمعاني(١)، فإنَّ الهبةَ بشرط العوض: بيعٌ، والكفالةَ بشرط براءةِ الأصيل: حوالةٌ، وهي بشرط مطالبةِ الأصيل: كفالةٌ.

[١] **قولُه**: (جَهالَةُ البَدَلِ) أي: المصالَحِ عليه؛ لأنَّها تُفضي إلى المنازعة دونَ جهالةِ المُصالَحِ عنه؛ لأنَّه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه، فإنَّه إذا لم يُحتَجْ فيه إلى التَّسليم والتَّسلُّم: جاز الصُّلحُ وإن كان عن مجهولٍ على مجهولٍ؛ مثلَ أن يدَّعيَ رجلٌ في دار رجلٍ حقًّا، وادَّعى المدَّعى عليه في حانوته حقًّا، فاصطلحا على ترك الدَّعوى: جاز، هذا زبدةُ ما في «العناية»(٢).

[٢] **قولُه**: (وإن وَقَعَ عن مالٍ بمَنفَعَةٍ)؛ لوجود معنى الإجارة، وهو تمليكُ المنافعِ بمالٍ، فكلُّ منفعةٍ يجوزُ استحقاقُها بالإجارة: يجوزُ استحقاقُها بعقد الصُّلح، فإذا صالحَ على سُكنى بيتٍ بعينه إلى مدَّةٍ معلومةٍ: جاز، وإن قال: «أبدًا»، أو: «حتَّى يموت»: لا يجوز.

[٣] **قولُه**: (بخلافِ ما إذا وقعَ الصُّلحُ عنِ المال) متعلِّقٌ بقوله: «إن كان البدلُ

(١) ولهذا كان البيع بالتَّعاطي صحيحًا، كذا في «البيانيَّة»: (١٢/ ٤٥٨) (مِنهُ).

(٢) من التَّفصيل الذي ذكره صاحبها فقال: ((والأصل في ذلك كلِّه: أنَّ الجهالة المفضيةَ إلى المنازعة المانعة عن التَّسليم والتَّسلُّم: هي المفسِدة، فما لا يجب فيه التَّسليم والتَّسلُّم: جاز، وما وجبا فيه: لم يجز مع الجهالة؛ لأنَّ القدرة على تسليم البدل شرطٌ لكونه في معنى البيع، حتَّى إذا وقع الصُّلح على العبد الآبق: لا يجوز))، كذا في «العناية»: (٨/ ٤٠٩)، و«البيانيَّة»: (١٢/ ٤٦٠) (مِنهُ).

الشَّيءِ من هنا إلى ثمَّة.

* (ويَبطُلُ بمَوتِ أحَدِهِما[١] في المُدَّةِ).

(والآخَرانِ) أي: الصُّلحُ مع سكوتٍ أو إنكارٍ (مُعاوَضَةٌ في حَقِّ المُدَّعي، وفِداءُ يَمينٍ وقَطعُ نِزاعٍ في حَقِّ الآخَرِ[٢]، ولا(١) شُفعَةَ في صُلحٍ عن دارٍ معَ أحَدِهِما) أي: مع السُّكوتِ أوِ الإنكار.

(وتَجِبُ(٢) في الصُّلحِ(٣) على دارٍ)؛ لأنَّه إذا صولحَ عن دارٍ: ففي زعم

منفعةً يُعلَمُ بالتَّوقيت»؛ يعني: إنَّما يُشترَطُ التَّوقيتُ في الأجير الخاصِّ الذي يدَّعي شيئًا، فوقعَ الصُّلحُ على خدمة العبد أو سكنى دارٍ سَنةً، لا فيما عداه، كما إذا صالحَه على صَبغ الثَّوب، أو ركوبِ الدَّابَّة، أو حملِ الطَّعامِ منَ المبدأ إلى المنتهى المعيَّنَين(٤)، كذا فُهِمَ من تقرير «التَّبيين»(٥).

[١] **قولُه**: (وبمَوتِ أحَدِهِما) أي: المدَّعي والمدَّعى عليه، وكذا الحكمُ لو هلك محلُّ المنفعة؛ كموتِ العبدِ مثلًا.

[٢] **قولُه**: (وقَطعُ نِزاعٍ في حَقِّ الآخَرِ) **فإن قيل**: العقدُ لمَّا اتَّصفَ بصفةٍ: كيف يتَّصفُ بأخرى تُقابلُها؟

أُجيب: بأنَّه يجوزُ أن يختلفَ حكمُ العقدِ في حقِّهما كما يختلفُ حكمُ الإقالة،

---

(١) في (م١) و(م٢): «فلا»، وفي (م٢) زيادة بعد «شُفعةَ»: «له».

(٢) أي: تثبت الشُّفعة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٣٩٨).

(٣) «الصلح»: سقط من (م١)، وفي (م٢): «صلح».

(٤) وهذا هو المعنى الذي عبَّر عنه الشَّارح العلَّامة بقوله: «من ههنا إلى ثمَّة» (مِنهُ).

(٥) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٣٢).

المدَّعى عليه لم يتجدَّد له ملكٌ[١]، وزعمُ المدَّعي ليس بحجَّةٍ على المدَّعى عليه، فلا تجبُ الشُّفعة، فإذا صولحَ على دارٍ: ففي زعم المدَّعي أنَّه أخذَها عوضًا عن حقِّه، فيؤاخَذُ بزعمه[٢]، فتجبُ الشُّفعة.

(وما استُحِقَّ مِنَ المُدَّعِي[٣]: رَدَّ المُدَّعي حِصَّتَهُ مِنَ العِوَضِ، ورَجَعَ بالخُصومَةِ فيه) أي: يُخاصِمُ المُستحِقَّ فيما استحَقَّه[٤].

(وما استُحِقَّ مِنَ البَدَلِ: رَجَعَ إلى الدَّعوى في كُلِّه أو بَعضِهِ) أي: إنِ استُحِقَّ بعضُ البدلِ من يد المدَّعي: رجعَ إلى دعوى حصَّةِ ما استُحِقَّ مِنَ المُصالَح عنه، وإن استُحِقَّ كلُّه: رجعَ إلى دعوى الكلِّ، وفي الصُّلح معَ الإقرارِ إذا استُحِقَّ البدلُ: رجعَ إلى المُبدَل؛ لوجود إقرارِ المدَّعى عليه، وفي السُّكوت والإنكارِ رجعَ إلى دعوى المُبدَل.

فإنَّها فسخٌ في حقِّ المتعاقدَين، بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، وكعقدِ النِّكاح، فإنَّ حكمَه الحِلُّ في حقِّ امرأتِه، والتَّحريمُ المؤبَّدُ في حقِّ أمِّها.

[١] **قولُه**: (لم يتجدَّدْ لهُ ملكٌ)؛ بل يستبقي دارَه على مِلكه بدفع المالِ لدفع خصومةِ المدَّعي.

[٢] **قولُه**: (فيؤاخَذُ بزعمِه) أي: بإقراره وإن كان المدَّعى عليه يُكذِّبُه، فصارَ كأنَّه قال: «اشتريتُها منه»، وهو يُنكر.

[٣] **قولُه**: (وما استُحِقَّ مِنَ المُدَّعِي) بيانٌ للصُّلح عن إنكارٍ وسكوتٍ كما لا يخفى، وأمَّا قولُ الشَّارحِ: «وفي الصُّلح معَ الإقرار»: إعادةٌ لقول المصنِّفِ: «وما استُحِقَّ منَ البدَل: رجعَ بحصَّته منَ المدَّعى»؛ للفرق بينَ الإقرارِ ومقابِلِه.

[٤] **قولُه**: (يُخاصِمُ المُستحِقُّ فيما استحَقَّه) كلًّا أو بعضًا؛ لقيامه مقامَ المدَّعى عليه، وأمَّا ردُّ العوض: فلأنَّ المدَّعى عليه ما بذَلَ العوضَ إلَّا لدفع الخصومةِ عن

(ولو صالَحَ على بَعضِ دارٍ يَدَّعيها[١]: لم يَصِحَّ، وحيلَتُهُ: أن يَزيدَ في البَدَلِ شَيئًا، أو يَبرَأَ عن دَعوى الباقي) إنَّما لم(١) يصحَّ؛ لأنَّ بعضَ الدَّارِ[٢] لا يصلُحُ عوضًا عنِ الكلِّ، فإذا زاد في البدل شيئًا كدرهمٍ، أو ثوبٍ: يكونُ ذلك الشَّيءُ عوضًا عمَّا بقيَ في يد المدَّعى عليه، وإن أبرأَه المدَّعي عن دعوى الباقي: يصحُّ أيضًا؛ لأنَّ هذه براءةٌ[٣] عن دعوى الأعيان، وهي صحيحةٌ وإن لم تكنِ البراءةُ من(٢) الأعيانِ صحيحةً، والفرقُ بينهما يظهرُ فيما إذا كان الدَّارُ في يد المدَّعى عليه، كما إذا مات واحدٌ وتركَ ميراثًا، فبرئَ واحدٌ عن نصيبه: لا يصحُّ؛ لأنَّه هذا براءةٌ عنِ الأعيان.

نفسه، فإذا ظهرَ الاستحقاق: ظهرَ أن لا خصومةَ له، فيبقى في يده غيرَ مشتملٍ على غرض المدَّعى عليه فيستردُّه.

[١] قولُه: (يَدَّعيها) وأمَّا وصفُ الدَّارِ به: لأنَّه لو صالحَ على بعض دارٍ أخرى؛ كبيتٍ معلومٍ منها: صحَّ؛ لكونه حينئذٍ تبعًا(٣).

[٢] قولُه: (لأنَّ بعضَ الدَّارِ) يعني: أنَّ ما قبضَه بعضُ حقِّه، وهو على دعواه في الباقي، وتُقبَلُ بيِّنتُه؛ لأنَّه استوفى بعضَ حقِّه، وأبرأَ عنِ الباقي، والإبراءُ عنِ العين باطلٌ، فكان وجودُه وعدمُه سواءً.

[٣] قولُه: (لأنَّ هذا براءةٌ) بأن يقول: «برئتَ من دَعوايَ في هذه الدَّار».

(١) في (ش٢) و(ش٣): «لا».
(٢) في (ش٣) و(ش٤): «عن».
(٣) في (ح١) و(ح٢) و(ح٣): «بيعًا».

[فصلٌ في أقسامِ الصُّلح]

[ما يجوزُ عنهُ الصُّلح]

(وصَحَّ الصُّلحُ[١] عن:

١- دَعوى المالِ والمَنفَعَةِ).

قيل: صورةُ الصُّلحِ عن دعوى المنفعة: أن يدَّعيَ على الورثة أنَّ الميِّتَ كان أوصى بخدمة هذا العبد، وأنكرَ الورثة، وإنَّما يُحتاجُ إلى ذلك[٢]؛ لأنَّ الرِّوايةَ محفوظةٌ[٣] أنَّه لوِ ادَّعى استئجارَ عينٍ، والمالكُ يُنكرُه، ثمَّ صالَحا: لا يجوز.

٢- (والجِنايَةِ في النَّفسِ وما دونَها عَمدًا أو خَطَأً.

٣- والرِّقِّ.

٤- ودَعوى الزَّوجِ النِّكاحَ، وكانَ عِتقًا بمالٍ وخُلعًا) أي: كان الصُّلحُ على مالٍ عن دعوى الرِّقِّ عِتقًا بمالٍ، فإن كانَ الصُّلحُ معَ الإقرارِ: كانَ عِتقًا بمالٍ في حقِّهما، حتَّى يثبتُ الولاء، وإن لم يكن مع الإقرار: فهو عتقٌ بمالٍ في زعم المدَّعي، لا في زعم المدَّعى عليه، بل قطعُ نزاعٍ في زعمه، فلا يثبتُ الولاءُ

---

[١] **قولُه:** (وصَحَّ الصُّلحُ) شروعٌ في بيان ما يجوزُ عنه الصُّلحُ وما لا يجوز(١).

[٢] **قولُه:** (إلى ذلك) أي: إلى هذا التَّصويرِ المذكور.

[٣] **وقولُه:** (ولأنَّ الرِّوايةَ محفوظةٌ) يعني: أنَّا تتبَّعنا جميعَ الرِّواياتِ في هذه المسألةِ وحفظناها، ولم نجدْ فيها تجويزَ الصُّلحِ عن دَعوى استئجارِ العين.

---

(١) بعد الفراغ عن ذكر مقدِّماته وشرائطه، ومن ذكر أنواعه (مِنهُ).

إلَّا أن يُقيمَ البيِّنة[١]، فكان الصُّلحُ خُلعًا في دَعوى الزَّوجِ النِّكاحَ[٢]، ففي الإقرار يكونُ خلعًا مطلقًا، وفي الآخرَين: في زعم الزَّوجِ لا في زعمِها، حتَّى لا تجبُ عليها العدَّة، وإن تزوَّجت زوجًا آخرَ: جاز في القضاء، أمَّا فيما بينها وبين الله تعالى: فإن علمَت أنَّها كانت زوجةً للأوَّل: لا يحلُّ لها التَّزوُّجُ في عدَّته، وإن علمَت أنَّها لم تكن زوجتَه(١): حلَّ.

[ما لا يجوزُ عنه الصُّلح]

١- (ولم يَجُز عن دَعواها النِّكاحَ) ذكرَ في «الهداية»(٢) أنَّ في بعض نُسخِ «مختصَرِ القُدوريِّ»: جوازَ الصُّلحِ بأن يجعلَ[٣] بدلَ الصُّلحِ زيادةً في المهر، وفي بعض النُّسخ: عدمَ الجواز(٣).

[١] قولُه: (إلَّا أن يقيمَ المدَّعي البيِّنَةَ) فتُقبَلُ ويثبتُ الولاء؛ لأنَّه صالحَه بعد كونه عبدًا له، فكان صلحُه بمنزلة الإعتاقِ على مالٍ، وفيه الولاء.

[٢] قولُه: (في دَعوى الزَّوجِ النِّكاحَ) قالوا: لا يحلُّ له ما أخذَه بينَه وبينَ اللهِ تعالى إذا كان مبطِلًا في دَعواه، وهذا عامٌّ في جميع أنواعِ الصُّلح، إلَّا أن يُسلِّمَه بطيبٍ من نفسه، فيكونُ تمليكًا على طريق الهبة.

[٣] وقولُه: (بأن يجعلَ) يعني: أنَّ الزَّوجَ بإعطائه بدلَ الصُّلحِ زاد على مهرها ثمَّ طلَّقَها.

(١) «زوجته»: سقط من(ش١) و(ش٢) و(ش٤) و(ش٥).
(٢) «الهداية في شرح بداية المبتدي»: (٣/ ١٩٢).
(٣) وهو المعتمد. وقال العلاَّمة الأتقاني في «غايته»: (١٢/ ٤٩٠): ((ورأيتُ في نسخةٍ ثقةٍ من نُسخ القُدُوريِّ مكتوبةٍ في تاريخ سنةٍ: خمس وعشرين وخمسمائة (٥٢٥ هـ): عدم الجواز)) ا.هـ. وعلى هذا القول سارَ جميع شُرَّاح القدوري. وقال الحَصكفيُّ: ((... لم يَصِحَّ. «وقاية» و«نُقاية» و«درر» و«ملتقى»، وصحَّحهُ في «المجتبى» و«الاختيار» وصحَّح الصِّحَّة في «درر البحار»)). ينظر: «حاشية ابن عابدين»: (٥/ ٦٣٣)، و«اللُّباب»: (٢/ ١٦٠).

ففي «الوقاية» اختارَ هذا؛ لأنَّ الصُّلحَ إن جُعِلَ منه(١) فُرقةً: فالعوضُ لم يُشرَع إلَّا من جانبها، وإن لم يُجعَل(٢): فالبدلُ لا يقعُ في مقابلة شيءٍ[١].

٢- (ولا عن دَعوى حَدٍّ)؛ لأنَّه حقُّ اللهِ تعالى[٢].

٣- (ولا إذا قتَلَ مَأذونٌ آخرَ عَمدًا، وصالَحَ عن نَفسِهِ[٣])؛ لأنَّ رقبتَه ليست من تجارته[٤]، فلا يجوزُ له التَّصرُّفُ فيها[٥].

(وصَحَّ صُلحُهُ عن نَفسِ عَبدٍ له قتَلَ رَجُلًا عَمدًا)؛ لأنَّ عبدَه من كسبه، فيصحُّ تصرُّفُه فيه واستخلاصُه.

[١] قولُه: (فالبدلُ لا يقعُ في مقابلةِ شيءٍ) فكان رِشوةً.

[٢] قولُه: (لأنَّهُ حقُّ اللهِ تعالى) والاعتياضُ عن حقِّ الغيرِ لا يجوز(٣)، فإذا أُخِذَ رجلٌ زانيًا، أو سارقًا، أو شاربَ الخمر، وأرادَ أن يرفعَه إلى الحاكم، فصالحَه المأخوذُ على مالٍ لترك ذلك: فالصُّلحُ باطلٌ، فله أن يرجعَ عليه بما دفعَ إليه.

[٣] قولُه: (وصالَحَ عن نَفسِهِ) أي: أعطى مالًا واستخلصَ نفسَه.

[٤] وقولُه: (ليسَت مِن تجارتِه) ولهذا لا يملكُ بيعَ نفسِه، وإنَّما هي للخدمة، ولهذا لا تجبُ الزَّكاةُ على مولاه في رقبته.

[٥] قولُه: (فلا يجوزُ التَّصرُّفُ فيها) أي: في رقَبة المأذونِ له؛ لأنَّ التَّصرُّفَ فيها إلى مولاه لا إليه.

(١) «منه»: سقط من (ش٢) و(ش٤) و«منه» في (ش٣): «عنه».
(٢) في (ش٣) زيادة: «فرقة».
(٣) وحدُّ القذف داخلٌ في جواب الحدود؛ لأنَّ الغالب فيه حقُّ الشَّرع، ولهذا لا يجوز عنده، ولا يورَث، بخلاف القصاص، كذا في «البيانيَّة»: (١٢/ ٤٨٨)(مِنهُ).

(والصُّلحُ عن مَغصوبٍ[١] تَلِفَ بأكثَرَ مِن قيمَتِهِ، أو عَرَضٍ) هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يصحُّ(١) بأكثرَ من قيمته إلَّا أن يكونَ زيادةً يتغابنُ النَّاسُ فيها؛ لأنَّ حقَّه في القيمة، فالزَّائدُ ربًا.

وله: أنَّ حقَّه[٢] في الهلاك باقٍ، فاعتياضُه بأكثرَ لا يكونُ ربًا، فإنَّ الزَّائدَ على الماليَّة في مقابلة الصُّورة.

واعلم أنَّ الصُّلحَ وإن لم يصحَّ ههنا، لكن ليس لوليِّ القتيلِ أن يقتلَه بعد الصُّلح؛ لأنَّه لمَّا صالحَه: فقد عفا عنه ببدلٍ، فصحَّ العفوُ [عنه]، ولم يجبِ البدلُ في حقِّ المولى، فتأخَّرَ إلى ما بعد العتق، فصار كأنَّه صالحَه على بدلٍ مؤجَّلٍ يؤاخَذُ به بعد العتق، كذا في «النِّهاية»(٢).

[١] قولُه: (عن مَغصوبٍ) أرادَ به معلومَ القيمة؛ ليظهرَ الغبنُ الفاحشُ المانعُ من لزوم الزِّيادةِ عندهما، وقيَّدَ بالمغصوب؛ لأنَّه المحتاجُ إلى الصُّلح غالبًا، وقيَّدَ بالتَّلف؛ لأنَّه إذا كان قائمًا: جاز الصُّلحُ على أكثرَ من قيمته بالإجماع.

[٢] قولُه: (له: أنَّ حقَّه) أي: حقَّ المغصوبِ منه - وهو المغصوبُ - باقٍ على مِلكه ما لم يتقرَّر(٣) حقُّه في ضمان القيمة، حتَّى لو كان عبدًا واختارَ تركَ التَّضمين: كان هالكًا على مِلكه، حتَّى يجبُ الكفنُ عليه(٤)، فالمالُ الذي وقع عليه الصُّلحُ يكونُ عوضًا عن مِلكه في الثَّوب أوِ العبدِ مثلًا، ولا رِبا بينَ العبدِ والدَّراهمِ كما لو كان

(١) قوله: «لا يصح» في (ش٣): «لا يصلح».
(٢) «النِّهاية شرح الهداية»: (٨/ ٤٩٩).
(٣) في (ح١): «يتعذَّر»، وفي (ح٥): «يتضرَّر» والمثبت موافقٌ لـ«العناية».
(٤) أي: كفن العبد على المغصوب منه، كذا في «البيانيَّة»: (١٢/ ٤٩٨) (مِنهُ).

(وفي موسِرٍ أعتقَ نِصفًا له(١)، وصالَحَ عن باقيهِ بأكثَرَ مِن نِصفِ قيمَتِهِ: بَطَلَ الفَضلُ) هذا بالاتِّفاق، أمَّا عندهما: فظاهرٌ[١]، وأمَّا عنده؛ فلأنَّ القيمةَ منصوصٌ عليها[٢] ههنا، فلا تجوزُ الزِّيادةُ عليها، وثمَّةَ غيرُ منصوصٍ عليها[٣] (ولو صالَحَ بعَرَضٍ: صَحَّ[٤]) وإن كانَ قيمتُه أكثرَ من قيمة نصفِ العبد.

ذخيرة العقبى

العبدُ قائمًا، وبهذا يظهرُ تعليلُ قولِه: «أو عَرَضٍ» أي: صحَّ الصُّلحُ عن عينٍ مغصوبٍ بعرَضٍ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لا تظهرُ عند اختلاف الجنس، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٢).

[١] قولُه: (فظاهرٌ... إلخ)؛ لأنَّهما إنَّما أبطلا الفضلَ بالغبن الفاحشِ قُبيلَ هذا لكونه ربًا، وههنا كذلك.

[٢] قولُه: (منصوصٌ عليها(٣)) أراد بالنَّصِّ قولَه ﷺ: «مَن أعتقَ شِقْصًا من عبدٍ مشترَكٍ(٤) بينَه وبينَ شريكِه: قُوِّمَ عليه نصيبُ شريكِه»(٥)، فيضمنُ إن كان موسرًا، أو يسعى العبد.

[٣] قولُه: (وثمَّةَ غيرُ منصوصٍ عليها) فكانتِ القيمةُ ما اتَّفقا عليه، فلا يلزمُ الرِّبا.

[٤] قولُه: (صحَّ)؛ لما تقدَّمَ من أنَّ الزِّيادةَ لا تظهر... إلخ.

---

(١) أي: إن كان العبد بين رجلين أحدهما موسرٌ، والآخر معسرٌ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣١٢).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٢١).

(٣) يعني: أنَّ القيمة مقدَّرةٌ شرعًا بقيمة عدلٍ، فلا يجوز تغييرها؛ لأنَّ تقدير الشَّرع ليس بأقلَّ من تقدير القاضي، فإذا قدَّر القاضي: لا يجوز الصُّلح على أكثر من ذلك، فكذا لا يجوز الفضل على التَّقدير الشَّرعيِّ، كذا في «البيانيَّة»: (١٢/ ٤٩٩) (مِنهُ).
وفي النُّسخ: «عليه» بدل «عليها»، والمثبت من نسخ الشَّرح.

(٤) زاد في (ح١) و(ح٤): «مشترك».

(٥) أخرجه البخاريُّ (٢٥٠٤)، ومسلمٌ (١٥٠٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

[فصلٌ
في التَّبرُّع بالصُّلح والتَّوكيلِ به]

(وبَدَلُ صُلحٍ عن دَمِ عَمدٍ(١)، أو على بَعضِ دَينٍ يَدَّعيهِ: يَلزَمُ الموَكِّلَ لا وَكيلَهُ)؛ لأنَّ الصُّلحَ(٢) في هاتين الصُّورتينِ ليس بمنزلة البيع، أمَّا في الأوَّل: فظاهرٌ، وأمَّا في الثَّاني؛ فلأنَّه أخذ البعض، وحطَّ الباقيَ، فترجعُ الحقوقُ إلى الموكِّل[١] (إلَّا أن يَضمَنَهُ) أي: الوكيل، فحينئذٍ يكونُ البدلُ عليه لأجل الكفالة.

(وفيما هو كبَيعٍ لَزِمَ وَكيلَهُ[٢]) أي: فيما يكونُ الصُّلحُ عن مالٍ على مالٍ من غير جنسِ المصالَحِ عنه، ويكونُ مع الإقرار.

(وإن صالَحَ فُضوليٌّ، وضَمِنَ البَدَلَ، أو أضافَ إلى مالِهِ، أو أشارَ إلى نَقدٍ أو عَرَضٍ بلا نِسبَةٍ إلى نَفسِهِ، أو أطلَقَ ونَقَدَ: صَحَّ، وإن لم يَنقُد(٣): إن أجازَهُ المُدَّعى عليه: لَزِمَهُ[٣] البَدَلُ، وإلَّا: رُدَّ) أي: صالحَ الفضوليُّ عن جانب المدَّعى

---

[١] **قولُه**: (إلى المُوكِّل)؛ لأنَّه إسقاطٌ محضٌ، فكان الوكيلُ فيه سفيرًا ومعبِّرًا، فلا ضمانَ عليه؛ كالوكيلِ بالنِّكاح.

[٢] **قولُه**: (لَزِمَ وَكيلَهُ) فيكونُ المطالَبُ بالمال هو لا الموكِّل.

[٣] **قولُه**: (لَزِمَهُ... إلخ) أي: إن أجازَ المدَّعى عليه: جاز الصُّلح، ولزمَه الألف، وإن لم يُجِزْه: بطل.

---

(١) هذا بطريق التَّمثيل، لا بطريق التَّخصيص، بجريانه في غير ذلك، كالصُّلح عن كلِّ عقدٍ يكون الوكيل فيه سفيرًا محضًا؛ كالنِّكاح والخلع وغيرهما. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣١٣).

(٢) «الصلح»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤).

(٣) أي: وإن لم يسلم المصالح عليه إلى المدَّعي ولم يضمنه، ولم يضفه إلى نفسه: فهو موقوفٌ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣١٥).

عليه مع المدَّعي، وضمنَ بدلَ الصُّلح، أو قال: «صالحتُك على ألف درهمٍ من مالي»، أو: «ألفي هذا»، أو: «على عبدي هذا»، أو قال: «صالحتُك على هذا الألف»، أو: «على هذا العبدِ» من غير أن ينسُبَهما إلى نفسه، أو أطلقَ وقال: «صالحتُك على ألف درهمٍ» ونقدَه: ففي هذه الصُّورِ صحَّ الصُّلح، وإن لم ينقُدِ الألفَ: إن أجازَ المدَّعى عليه: لزِمَه، وإلَّا: فلا.

[فصلٌ
في الصُّلحِ في الدَّينِ]

(وصُلحُهُ على[(١)] بَعضِ جِنسِ ما لَهُ[١] عليهِ: أخذٌ لبَعضِ حَقِّهِ، وحَطٌّ لباقيهِ، لا مُعاوَضَةٌ)؛ لأنَّ بعضَ الشَّيءِ لا يصلحُ عوضًا للكلِّ (فصَحَّ عن ألفٍ حالٍّ على مِئَةٍ حالَّةٍ، أو على ألفٍ مُؤَجَّلٍ) ففي الأوَّل: يكونُ إسقاطًا لما فوقَ المئة، وفي الثَّاني: يكونُ إسقاطًا لوصف الحُلولِ (أو عن ألفٍ جيادٍ على مِئَةٍ زُيوفٍ)؛ لأنَّه يكونُ إسقاطًا لما فوقَ المئة، وإسقاطًا لوصف الجَودةِ في المئة، ففي هذه الصُّورِ يصحُّ الصُّلح، ولا يُشترَطُ قبضُ بدلِ الصُّلح.

(ولم يَصِحَّ عن دَراهِمَ على دَنانيرَ مُؤَجَّلَةٍ)؛ لأنَّ هذا الصُّلحَ معاوَضةٌ[٢]، فيكونُ صَرفًا، فيُشترَطُ قبضُ الدَّنانيرِ قبلَ الافتراق (أو عن ألفٍ[(٢)] مُؤَجَّلٍ على نِصفِهِ حالًّا)؛ لأنَّ وصفَ الحلولِ يكونُ في مقابَلة خمسِمئةٍ، وزيادةُ ذلك الوصفِ

[١] قولُه: (ما لَهُ) بفتح اللَّام.

[٢] قولُه: (لأنَّ هذا الصُّلحَ معاوَضةٌ)؛ لأنَّ الدَّنانيرَ غيرُ مستحَقَّةٍ بعقد المدايَنة، فيمتنعُ حملُ التَّأجيلِ على تأخير نفسِ الحقِّ، فتعيَّنَ حملُه على المعاوضة؛ إذِ التَّصرُّفُ في الدُّيون في مسائل الصُّلحِ لا يخرجُ عن أحد هذَينِ الوجهَين، وفي ذلك بيعُ الدَّراهِمِ بالدَّنانير نسيئةً، فلا يجوز[(٣)].

---

(١) في (ش١) و(ش٢): «عن».

(٢) أي: لم يصحَّ الصُّلح أيضًا.

(٣) كما ذكره الشَّارح الفاضل بقوله: «فيكون صريحًا... إلخ» (مِنهُ).

ليس بمالٍ[١] (أو عنِ الألفِ سودٍ[٢] على نِصفِهِ بيضٍ(١))؛ لأنَّه يكونُ معاوَضةَ ألفٍ سودٍ بخمسمئةٍ، وزيادةَ وصفٍ وهو ربًا[٣](٢).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ليسَ بمالٍ) يعني: أنَّ هذا لا يُمكنُ حملُه على الإسقاط؛ لأنَّ المعجَّلَ لم يكنْ مستحَقًّا بالعقد حتَّى يكونَ استيفاؤه استيفاءً لبعض حقِّه، وهو خيرٌ منَ النَّسيئة لا محالة، فيكونُ خمسُمئةٍ في مقابلة خمسِمئةٍ مثلِه منَ الدَّين، وصفةُ التَّعجيلِ في مقابلة الباقي، وذلك اعتياضٌ عنِ الأجَل، وهو حرامٌ(٣)، وهذا لأنَّ حرمةَ ربا النَّساءِ(٤) ليست إلَّا لشبهة مبادلةِ المالِ بالأجل، فحقيقةُ ذلك أَولى لذلك، كذا في «العناية»(٥).

[٢] قولُه: (أو عن الألفِ سوداء) أرادَ به: الدَّراهمَ المضروبةَ منَ النُّقرة السَّوداء، كذا في «البيانيَّة»(٦).

[٣] قولُه: (وزيادةُ وصفٍ وهو ربًا) فلا يصحُّ، ولو كانت عكسَ ما في الكتاب: صحَّ.

---

(١) أي: وإن كان له ألفٌ سوداء، فصالحه على خمسمئةٍ بيضاء: لا يجوز هذا الصُّلح، والمراد بالدَّراهم السَّوداء ما كانت الفضَّة فيها أكثر من الغشِّ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣١٨).

(٢) في (ش١): «وصفه» بدل «وصف»، وقوله: «وهو ربا»: سقطت من جميع النُّسخ عدا (ش٤)، وجاءت في النسخة المطبوعة: «وهو البياض، فلا يجوز».

(٣) روي أنَّ رجلًا سأل ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، ثمَّ سأله فقال: إنَّ هذا يريد أن أطعمَه الرِّبا (مِنهُ). أخرجه أبو يوسف في «الآثار»: (١٨٧)، وعنه محمَّدٌ في «الأصل»: (١١/ ٥٨).

(٤) من النَّسيئة، يُقال بالتُّركيِّ: ورسي (مِنهُ).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٢٦).

(٦) «غاية البيان»: (١٢/ ٥١٧).

(ومَن أُمِرَ بأداءِ نِصفِ دَينٍ عليه غَدًا على أنَّهُ بَريءٌ ممَّا زادَ إنْ قَبِلَ: بَرِئَ، وإنْ لم يَفِ: عادَ دَينُهُ) أي: إذا قال: «أدِّ إليَّ خمسَمئةٍ غدًا على أنَّك بريءٌ مِنَ الباقي» ففعل: برِئَ، فإن لم يؤَدِّ خمسَمئةٍ في الغد: عاد دَينُه، وهذا عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وعند أبي يوسُف: لا يعودُ دَينُه؛ لأنَّ البراءةَ مطلَقةٌ؛ لأنَّ كلمةَ: «على» للعوض، وأداءَ النِّصفِ لا يصلحُ عوضًا للبراءة، فبقيَ البراءةُ مطلقةً.

ولهما: أنَّ: «على» للشَّرط، فتكونُ البراءةُ مقيَّدةً بالشَّرط[1]،

---

[1] قولُه: (فتكونُ البراءةُ مقيَّدةً بالشَّرط) لا يُقال: تعليقُ الإبراءِ بالشَّرط باطلٌ كما سيُصرِّحُ به المصنِّفُ متَّصلًا بهذا حيثُ يقول: «ولو علَّقَ صريحًا... إلخ»، والتَّقييدُ بالشَّرط عينُ التَّعليقِ به، فكيف كان جائزًا؟

لأنَّا نقول: بل هما متغايرانِ يُفرَّقُ بينَهما لفظًا ومعنًى.

أمَّا الأوَّل: فلأنَّ في التَّعليق بالشَّرط يُستعمَلُ أداةُ الشَّرط صريحًا كـ «إنْ»، و«إذا»، و«متى»، وفي التَّقييد به لا يُستعمَل.

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّ في تقييد الإبراءِ بالشَّرط يحصلُ الإبراءُ في الحال بشرط وجودِ ما قُيِّدَ به، حتَّى إذا لم يوجَدِ المقيَّدُ: يعودُ الدَّين، وأمَّا في تعليقه به: لا يوجدُ الإبراءُ أصلًا في الحال؛ لأنَّ المعلَّقَ بالشَّرط عدمٌ قبل وجودِ الشَّرط، وذلك لأنَّ التَّقييدَ بالوقت بمنزلة الإضافةِ إلى ذلك، والإضافاتُ(1) أسبابٌ في الحال، بخلاف التَّعليق، حتَّى أنَّ مَن حلفَ أن لا يُطلِّقَ امرأتَه، فأضافَ الطَّلاقَ إلى الغد فقال: «أنتِ طالقٌ غدًا»: يحنثُ في يمينه، ولو علَّقَ طلاقَه بمجيء الغدِ فقال: «أنتِ طالقٌ إذا جاءَ الغد»: لا يحنث، كذا في «الكفاية»(2).

---

(1) في (ح٥): «والإضافة» والمثبت موافقٌ لـ «الكفاية».

(2) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٣٩٩).

فتفوتُ بفواته[1]، وفيه نظرٌ[2]؛ لأنَّ كلمةَ: «على» دخلَت على البراءة، فهذا التَّعليلُ إنَّما يصحُّ لو قال: «أبرأتُك عن خمسمئةٍ على أن تؤدِّيَ الخمسَمئةِ الأخرى».

ويُمكنُ أن يُجابَ: بأنَّه وإن كان في اللَّفظ هكذا، لكن في المعنى كلُّ واحدٍ مقيَّدٌ بالآخر؛ لأنَّه ما رضيَ بالبراءة مطلقًا، بل بالبراءة على تقدير أداءِ الخمسِمئة، فصارتِ البراءةُ مشروطةً بالأداء، فإذا لم يؤَدِّ: عاد حقُّه، من إملاء المصنِّف(١).

[1] **قولُه**: (فيفوتُ بفواتِه) أي: عند فواته، فإنَّ انتفاءَ الشَّرطِ ليس علَّةً لانتفاء المشروطِ عندنا، لكنَّه عند انتفائه فائتٌ؛ لبقائه على العدمِ الأصليِّ، وموضعُه أصولُ الفقه(٢).

[2] **قولُه**: (وفيهِ نظرٌ) لأنَّ «على» دخلَت على البراءة؛ أي: دونَ الأداء، فكيف يكونُ الأداءُ شرطًا للبراءة؟ وما دخلَ عليه كلمةُ «على» هو الشَّرط؛ كما في قوله تعالى: ﴿يُبَايِعۡنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشۡرِكۡنَ بِٱللَّهِ شَيۡـٔٗا﴾ [الممتحنة: ١٢](٣).

وقد نُقِلَ عنِ الشَّارح أنَّه يُمكنُ(٤) أن يُجابَ عنه بأنَّه وإن كان في اللَّفظ هكذا، لكن في المعنى كلُّ واحدٍ مقيَّدٌ بالآخر؛ لأنَّه ما رضي بالبراءة مطلقًا؛ بل على تقدير(٥) الأداء، فصارتِ البراءةُ مشروطةً بالأداء، فإن لم يؤدِّ: عاد دَينُه، وقد وقعَ هذا في بعض نُسخِ الشَّارحِ مسطورًا.

---

(١) قوله: «ويمكن أن يجاب: بأنه وإن... من إملاء المصنِّف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»: سقط من (ش٢).

(٢) هذا زبدة ما في «العناية»: (٨/ ٤٢٨) (مِنهُ).

(٣) وكقولهم: «أنت طالقٌ على ألفٍ»، و«أنت حرٌّ عليه»، كذا في «الكفاية»: (٧/ ٣٩٩) (مِنهُ).

(٤) في (ح٥): «لا يمكن».

(٥) في (ح٣): «طريق».

(وإن لم يُؤَقِّت: لم يَعُد) أي: إن لم يؤقِّتِ الأداء، بل قال: «أدِّ إليَّ خمسَمئةٍ»، ولم يقل: «غدًا»: ففي هذه الصُّورة: إن لم يؤدِّ الدَّينَ: لم يعُد دَينُه؛ لأنَّه إبراءٌ مطلقٌ[١].

(وكذا لو صالَحَهُ مِن(١) دَينِهِ على نِصفٍ يَدفَعُهُ إليه غَدًا، فهو(٢) بَريءٌ ممَّا فَضَلَ، على أنَّه إن لم يَدفَعهُ غَدًا: فالكُلُّ عليه) ففي هذه الصُّورةِ: إن قبِلَ(٣): برِئَ عنِ الباقي، فإن لم يؤدِّ في الغد: فالكلُّ عليه كما في المسألة الأولى، وهذا بالإجماع[٢].

ويؤيِّدُ هذا الجوابَ اختيارُ صاحبِ «الكفايةِ»(٤) إيَّاه، حيثُ قال بعد تقرير النَّظرِ بقوله: ((لا يُقال:... إلخ)): ((لأنَّا نقول: دخولُها على البراءة بمنزلة دخولِها على الأداء بحكم المقابلةِ الثَّابتةِ بينَهما، وعدمِ انفكاكِ كلٍّ منهما عن الآخَر))، انتهى.

[١] قولُه: (لأنَّهُ إبراءٌ مطلَقٌ)؛ لأنَّه إذا لم يوقِّتْ للأداء وقتًا: ظهر أنَّ أداءَ البعضِ لم يكنْ لغرض كونِه واجبًا في مطلَق الأزمان، فيكونُ وقتُه العمُرَ، فلا يصلحُ أن يكونَ في معنى الشَّرطِ ليحصُلَ به التَّقييد، فلم يبقَ إلَّا جهةُ العِوَض، وهو غيرُ صالح لذلك؛ لأنَّ حدَّ المعاوضةِ أن يستفيدَ كلُّ واحدٍ ما لم يكنْ قبلَها، والأداءُ مستحَقٌّ عليه لم يُستفَدْ به شيءٌ لم يكن، فكان التَّقييدُ به لغوًا محضًا، كذا في «الأكمليَّة»(٥).

[٢] قولُه: (وهذا بالإجماع)؛ لأنَّه أتى بصريح التَّقييد، فيُعمَلُ به.

---

(١) في (ش٣) و(م٢): «عن».
(٢) في (م١) و(م٢): «وهو».
(٣) في (ش٢): «فعل».
(٤) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٣٩٩).
(٥) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٣٠).

(فإنْ أبرَأهُ عن نِصفِهِ على أن يُعطيَهُ ما بَقيَ غَدًا: فهو بَريءٌ أدَّى الباقيَ أو لا) وقد علَّلَ في هذه المسائلِ(١) ما علَّلَ أبو يوسُفَ في المسألة الأولى، وهذا عجيبٌ، بلِ التَّعليلُ الذي ذُكِرَ من جانب أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ إنَّما يصحُّ في هذه المسألة؛ لأنَّ الإبراءَ مقيَّدٌ بالشَّرط هنا، لا في المسألة الأولى.

(ولو عَلَّقَ صَريحًا؛ كـ: «إن أدَّيتَ إليَّ كذا»، أو: «إذا»، أو: «متى»: لا يَصِحُّ) أي: إن قال: «إن أدَّيت إليَّ كذا: فأنتَ بريءٌ مِنَ الباقي»: لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الإبراءَ المعلَّقَ تعليقًا صريحًا: لا يصحُّ، فإنَّ الإبراءَ فيه معنى التَّمليك، ومعنى الإسقاط، فالإسقاطُ لا يُنافي تعليقَه(٢) بالشَّرط، والتَّمليكُ يُنافيه، فراعَينا المعنيَين.

وقلنا: إن كانَ التَّعليقُ صريحًا: لا يصحُّ، [و]إن لم يكن صريحًا كما في الصُّور المذكورة: يصحُّ.

(وإن قالَ الآخَرُ(٣) سِرًّا: «لا أُقِرُّ لكَ بما لكَ حتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي»، أو: «تَحُطَّ(٤)» ففَعَلَ[١]: صَحَّ عليه[٢]، ولو أعلَنَ: ....

---

[١] **قولُه**: (ففَعَلَ) أي: أَخَّر، أو حطَّ.

[٢] **وقولُه**: (صحَّ عليه) أي: نفذَ هذا التَّصرُّفُ على ربِّ الدَّين، فلا يتمكَّنُ منَ المطالبة في الحال إن أَخَّرَ، وأبدًا إن حطَّ؛ لأنَّه ليس بمكرَهٍ؛ لتمكُّنه من إقامة البيِّنةِ أوِ التَّحليف.

---

(١) في (ش٣) و(ش٥): «الصورة».

(٢) في (ش٣) زيادة: «صريحا».

(٣) في (م١) و(م٢): «لآخر».

(٤) في (م١) و(م٢): «أو تحطُّه»، وفي (ش١) زيادة: «عني».

أُخِذَ للحالِ(١)[١]).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (أُخِذَ للحالِ) أي: المقِرُّ بجميع المالِ في الحال.

(١) أي: قال القول المذكور علانيةً. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٠٩).

[فصلٌ
في الدَّين المشترَك]

(ولو صالَحَ[١] أحَدُ رَبَّي دَينٍ(١) عن نِصفِهِ على ثَوبٍ: اتَّبَعَ شَريكُهُ غَريمَهُ بنِصفِهِ، أو أخَذَ نِصفَ الثَّوبِ مِن شَريكِهِ إلَّا أن يَضمَنَ رُبُعَ الدَّينِ(٢)) فإنَّ الشَّريكَ إن ضمِنَ له رُبعَ الدَّين: فلا حقَّ له في الثَّوب، هذا إذا كان الدَّينُ مشترَكًا بينهما، بأن يكونَ[٢] واجبًا بسببٍ متَّحدٍ؛ كثمن المبيعِ صفقةً واحدةً[٣]، وثمنِ المالِ المشترَك[٤]، أو الموروثِ[٥] بينهما، وقيمةِ المستهلَكِ المشترَك، فإنَّ كلَّ ما أخذَه أحدُ الشَّريكَينِ: فللآخَر اتِّباعُه.

---

[١]**قولُه**: (ولو صالَحَ) شروعٌ في فصل الدَّينِ المشترَك.

[٢]**وقولُه**: (بأن يكونَ) إشارةٌ إلى تعريفه.

[٣]**وقولُه**: (كثمنِ المبيعِ صفقةً واحدةً) بأن جمعَ اثنانِ عبدَين؛ لكلِّ واحدٍ منهما عبدٌ، وباعا صفقةً واحدةً، فيكونُ ثمنُهما على الاشتراك وإنِ اختصَّ كلُّ واحدٍ منَ العبدَينِ بأحدِهما.

[٤]**وقولُه**: (وثمنِ المالِ المشترَكِ) بأن باعا عبدًا مشترَكًا بينَهما صفقةً واحدةً.

[٥]**وقولُه**: (والمَوروث) بأن ماتَ مورِّثُهما وله دينٌ على رجلٍ فورثاه، كذا في «الكفاية»(٣).

---

(١) أي: أحد الشَّريكين. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٠٩).

(٢) أي: إذا كان الدَّين مشتركًا بين الشَّريكين، وصالح أحدهما عن نصفه، وهو نصيبه على ثوبٍ: فلشريكه الخيار إن شاء أن يتبع المديون بنصف الدَّين لبقاء حصَّته في ذمَّته، أو يأخذ نصف الثَّوب من شريكه، إلَّا أن يضمن المصالح للشَّريك ربع الدَّين، فإنَّ حقَّه في الدَّين لا في الثَّوب. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٢٧).

(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٤٠٣).

(ولو قَبَضَ شَيئًا مِنَ الدَّينِ: شَارَكَهُ[(١)] شَريكُهُ فيه، ورَجَعا على الغَريمِ بما بَقِيَ) أي: لا يكونُ للغريم أن يقولَ للذي أعطاه نصفَ الدَّين: «إنِّي قد أعطَيتُك حقَّك، فليس لك عليَّ شيءٌ»، فإنَّ ما أعطاه إيَّاه مشترَكٌ بينه وبين شريكه.

(ولوِ اشتَرى[(٢)] بنِصفِهِ شَيئًا: ضَمَّنَهُ شَريكُهُ رُبُعَ الدَّينِ، أوِ اتَّبَعَ غَريمَهُ) أي: اشترى أحدُ الشَّريكينِ بنصفه مِنَ الغريم شيئًا، فللشَّريك الآخَرِ أن يُضمِّنَه رُبعَ الدَّين؛ لأنَّه صار قابضًا نصفَ الدَّينِ بالمقاصَّة[(٣)][١]، فيُضمِّنُه شريكُه الرُّبع، بخلاف مسألةِ الصُّلح، فإنَّه إذا أخذَ الثَّوبَ بطريق الصُّلحِ عنِ النِّصف، ومبنى الصُّلحِ على الحطِّ: فالظَّاهرُ أنَّ قيمةَ الثَّوبِ أقلُّ مِنَ نصفِ الدَّين، فلو ضمَّنَه رُبعَ

وإنَّما قيَّدَ الصَّفقةَ بالواحدة؛ احترازًا عمَّا إذا كان عبدٌ بينَ رَجُلَين، باعَ أحدُهما نصيبَه من رجلٍ بخمسمئةٍ، وباعَ الآخرُ نصيبَه منه بخمسمئةٍ، وكتبا عليه صَكًّا واحدًا بألف درهمٍ، ثمَّ قبضَ أحدُهما منه شيئًا: لم يكنْ للآخر أن يُشاركَه فيه؛ لأنَّ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهما وجبَ على المطلوب بسببٍ آخر، فلا تثبتُ الشَّركةُ باتِّحاد الصَّكِّ.

[١] **قولُه**: (بالمُقاصَّة) أي: بينَ ثمنِه وبينَ الدَّين، وقدِ اندفعَ بقيد المقاصَّةِ وَهْمان:

أحدُهما: أنَّ المشتريَ وإن ملكَ الثَّوبَ بعقده، لكن ببعض دَينٍ مشترَكٍ، وذلك يقتضي أن يكونَ للشَّريك الآخرِ سبيلٌ في الثَّوب في صورة البيعِ أيضًا، وليس كذلك كما صرَّحَ به في «الهداية»[(٤)].

---

(١) في (ش١): «يشاركه».

(٢) في (م١) و(م٢): «شرى»، وفي (م١) زيادة: «أحدهما».

(٣) المقاصَّة: أن يكون لك عليه دينٌ مثل ما له عليك، فجعلت الدَّين في مقابلة الدَّين. «المصباح المنير»: (قصص).

(٤) «الهداية»: (٣/ ١٩٧).

الدَّينِ: يتضرَّرُ آخذُ الثَّوب، فلآخذِ الثَّوبِ أن يقولَ: «إنِّي ما أخذتُ إلَّا الثَّوبَ، فإن شئتَ: خُذ نصفَه» بخلاف مسألةِ الشِّراء؛ إذ مبناه على المماكَسة[١]، فلا يتضرَّرُ المشتري بضمان رُبعِ الدَّين.

(وفي الإبراءِ عن حَظِّهِ والمُقاصَّةِ بدَينٍ سَبَقَ: لم يَرجِعِ الشَّريكُ) أي: إذا أبرأَ أحدُ الشَّريكَينِ الغريمَ عن نصيبِه: لا يرجِعُ الشَّريكُ الآخَرُ على ذلك الشَّريك؛ لأنَّ الإبراءَ إتلافٌ لا قبضٌ، وكذا إن وقعَتِ المُقاصَّةُ بدَينِه السَّابق.

صورتُه: لزيدٍ على عَمرٍو خمسون درهمًا، فباعَ عمرٌو وبكرٌ عبدًا مشترَكًا بينهما من زيدٍ بمئة درهمٍ، حتَّى وجبَ لكلٍّ منهما على زيدٍ خمسون درهمًا:

وجهُ الاندفاع: أنَّ الاستيفاءَ لم يقعْ بما هو مشترَكٌ؛ بل بما يخصُّه منَ الثَّمن بطريق المقاصَّة؛ إذِ البيعُ يقتضي ثبوتَ الثَّمنِ في ذمَّة المشتري، والإضافةُ إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقدِ إن تحقَّقَتْ: لا تُنافي ذلك؛ لأنَّ النُّقودَ عينًا كان أو دَينًا: لا يتعيَّنُ في العقود.

الثَّاني: ما قيل: إنَّ هذا العقدَ يتضمَّنُ قسمةَ الدَّينِ قبل القبض، وذا مردودٌ(١).

وجهُ الاندفاع: أنَّ القسمةَ إنَّما لزمَتْ في ضمن المعاقَدة، وكم من شيءٍ يجوزُ ضمنًا ولا يجوزُ قصدًا، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٢).

[١] **قولُه**: (على المماكَسةِ) وهي المضايَقة والمخاصَمة، وضدُّها: المسامَحةُ والمساهَلة، كذا فُهِمَ من «أفعال العلَّامة»، وتقريرِ صاحبِ «العناية»(٣).

---

(١) لأنَّه وصفٌ شرعيٌّ ثابتٌ في الذِّمَّة، وذلك لا يتميَّز بعضه عن بعضٍ، هذا عين عبارة الأكمل: (٨/ ٤٣٦) في شرح قول «الهداية»: «ولو أخَّر أحدهما» (مِنهُ).

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٣٥).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٣٤). و«الأفعال» للزمخشري في كتابه «مقدمة الأدب» قسم الأفعال.

وقعَتِ المقاصَّةُ بين الخمسينَ التي وجبَت لعمرٍو على زيدٍ، وبين الخمسينَ التي كانت لزيدٍ على عمرٍو، فليس لبكرٍ أن يقولَ لعمروٍ: «إنَّك قبضتَ الخمسينَ التي وجبَت لك على زيدٍ حيثُ وقعَتِ المقاصَّةُ بينها(١) وبين الخمسينَ التي كانت لزيدٍ عليك، فأدِّ إليَّ نصفَها»، وإنَّما لا يكونُ له ذلك؛ لأنَّ عَمرًا قاضٍ دَينَه بالمقاصَّة، لا قابضٌ شيئًا.

(ولو أبرَأَ عنِ البَعضِ: قُسِمَ الباقي على سِهامِهِ) إذا كان الدَّينُ بين الشَّريكينِ نصفَين، فأبرأَ أحدَهما عن نصف نصيبِه، وهو الرُّبع: قُسِمَ الباقي أثلاثًا[١]؛ لأنَّه بقيَ له ربعٌ، وللآخر نصفٌ.

(وبَطَلَ صُلحُ أَحَدِ رَبَّي سَلَمٍ مِن نِصفِهِ على ما دَفَعَ) أي: إذا أسلمَ رجلانِ في كُرٍّ، ورأسُ مالِهما مئةٌ، وسلَّمَ كلُّ واحدٍ خمسينَ درهمًا، ثمَّ صالحَ أحدُهما عن نصف كُرِّه بالخمسينَ التي دفعَها إلى المسلَم إليه، وأخذَ الخمسين[٢]: فهذا الصُّلحُ لا يجوزُ[٣] عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وعند أبي يوسُف: يجوزُ كما إذا اشتَريا عبدًا(٢)، فأقالَ(٣) أحدُهما في نصيبه.

---

[١] قولُه: (قُسِمَ الباقيَ أثلاثًا) فلو كان لهما على المديون عشرونَ مثلًا: كان المطالَبةُ للمبرئ بالخمسة، وللسَّاكت بالعشَرة.

[٢] قولُه: (وأخذَ الخمسين) وفُسِخَ عقدُ السَّلَم.

[٣] وقولُه: (لا يجوزُ) يعني: إذا لم يُجِزْه الآخر، فإن أجاز: جاز، وكان المقبوضُ من رأس المالِ مشترَكًا بينَهما، وما بقيَ منَ السَّلَم مشترَكًا بينهما.

---

(١) في (ش٢) و(ش٥): «بينهما».
(٢) في (ش٢) زيادة: «فإذا».
(٣) في (ش٢): «أقال»، وفي (ش٥) «فقال».

لهما: أنَّه لو صالحَ(١) في نصيبه خاصَّةً: لزِمَه قسمةُ الدَّينِ في الذِّمَّة[١]، ولو جازَ في نصيبهما: لا بدَّ من إجازة الآخَر، ولم توجَد.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لزِمَ قسمةُ الدَّينِ في الذِّمَّة) يعني: قبل القبض؛ لأنَّ خصوصيَّةَ نصيبِه لا تظهرُ إلَّا بالتَّميُّز، ولا تتميُّزُ إلَّا بالقسمة، وهي باطلةٌ في الدُّيون؛ لأنَّها عبارةٌ عن تميُّزِ الحقوق، وذلك لا يتأتَّى فيما في الذِّمَّة، وهذا معنى قولِ مَن قال: قسمةُ الدَّينِ قبل القبض لا تجوز؛ لأنَّه وصفٌ شرعيٌّ ثابتٌ في الذِّمَّة، وذلك لا يتميَّزُ بعضُه عن بعضٍ، وقد أوضحَ هذا المعنى في «البيانيَّة»(٢) بقوله: ((ولأنَّه لوِ اقتسما الأعيانَ من غير تمييزٍ: لم يصحَّ؛ لعدم التَّمييز، ألا يُرى أنَّ صُبْرَةَ الطَّعامِ بينَ شريكَينِ لو قال أحدُهما للآخر: «خذ منها، هذا الجانبُ لك، وهذا الجانبُ لي»: لم يصحَّ؛ لعدم التَّميُّز، وكذلك القسمةُ فيما في الذِّمَّة بهذه العلَّة))، انتهى.

(١) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥): «صح».
(٢) «غاية البيان»: (١٢/ ٥٥٩).

[فصلٌ
في التَّخارُج](١)

(فإن أُخرِجَ أحَدُ الوَرَثَةِ عن عَرَضٍ أو عَقارٍ بمالٍ[١]، أو ذَهَبٍ بِفضَّةٍ، أو عَكسِهِ، أو نَقدَينِ بِهما: صَحَّ، قَلَّ بَدَلُهُ أو لا) إنَّما يصحُّ عنِ النَّقدَين؛ أي: الدَّراهمِ والدَّنانيرِ بهما، سواءٌ قَلَّ البدلُ أو كثُر؛ لأنَّه يُصرَفُ الجنسُ إلى خلاف الجنسِ[٢] على ما عُرِفَ في كتاب الصَّرف(٢).

[١] قولُه: (عن(٣) عَرْضٍ أو عَقارٍ بِمالٍ) **العَرْض** - بوزن الفَلْس -: المتاع(٤).

والعَقارُ - بالفتح مخفَّفًا -: الأرضُ والضِّياعُ والنَّخل، كذا في «الصِّحاح»(٥).

والمرادُ بالمال ههنا: ما في «المُغرب»(٦) من أنَّه: ((كلُّ ما يتملَّكُه النَّاسُ من دراهمَ، أو دنانيرَ، أو ذهبٍ، أو فضَّةٍ، أو حِنطةٍ، أو شعيرٍ، أو خبزٍ، أو حيَوانٍ، أو نباتٍ، أو سلاحٍ، أو غيرِ ذلك)) انتهى(٧).

[٢] قولُه: (إلى خلافِ الجنسِ) فلا يُعتبرُ التَّساوي، ولكن يُعتبرُ القبضُ في المجلس؛ لكونه بيعَ صرفٍ.

---

(١) وهو اصطلاح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمالٍ معلومٍ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٣٥).

(٢) ينظر: (٤/ ٢٢٣).

(٣) في النُّسخ: «أو» بدل «عن»، والمثبت من نسخ الشَّرح.

(٤) وكلُّ شيءٍ عرضٌ إلَّا الدَّراهم والدَّنانير، وقيل: العروض: الأمتعة التي لا يدخلها كيلٌ ولا وزنٌ، ولا يكون حيوانًا ولا عقارًا، كذا في «الصِّحاح»: (عرض) (مِنهُ).

(٥) «الصِّحاح»: (عقر).

(٦) «المغرب»: (مول).

(٧) وأمَّا عند أهل البادية: المال: النَّعم، وهو بالفارسيَّة: جاربا، وبالتُّركيِّ: درت آيقل (مِنهُ).

(وفي نَقدَينِ وغيرِهما بأحَدِ النَّقدَينِ: لا(١)، إلَّا أن يَكونَ المُعطى أكثَرَ مِن قِسطِهِ مِن ذلك الجِنسِ) أي: إذا كانَ المُعطى مئةَ درهمٍ: يجبُ أن يكونَ المئةُ أكثرَ من حصَّتِه مِنَ الدَّراهم؛ ليكونَ ما يُساوي حصَّتَه في مُقابلتِها، وما فضَلَ في مقابلة غيرِ الدَّراهم؛ وذلك لأنَّ الصُّلحَ لا يجوزُ بطريق الإبراء؛ لأنَّ التَّركةَ أعيانٌ، والبراءَ عنِ الأعيان[١] لا يجوز.

(وبَطَلَ الصُّلحُ[٢] إن شُرِطَ فيهِ لهُمُ الدَّينُ مِنَ التَّرِكَةِ) يعني: إن أُخرِجَ أحدُ الورثة، وفي التَّركة ديونٌ، بشرط أن تكونَ الدُّيونُ لبقيَّة الورثة: بطلَ الصُّلح؛ لأنَّه تمليكُ الدَّينِ من غير مَن عليه الدَّين، فذكرَ لصحَّة الصُّلحِ حيَلًا، فقال:

---

[١] قولُه: (والبراءَة عنِ الأعيان) يعني: غيرَ المضمونة، وإنَّما لم يجزْ؛ لأنَّ الإسقاطَ إنَّما يُستعمَلُ في الدَّيون لا في الأعيان، وههنا عينٌ، فتعيَّنَ تجويزُه بطريق المعاوضة، ولا يُمكنُ ههنا؛ لأنَّه يبقى شيءٌ منَ التَّرِكة بلا ثمنٍ في ضمن المعاوضة، فيكونُ ربًا، فلا بدَّ من أن يزيدَ على نصيبه حتَّى ينتفيَ الرِّبا، كذا في «الكفاية»(٢).

[٢] قولُه: (بَطَلَ الصُّلحُ) أي: في الدَّينِ والعينِ جميعًا، أمَّا في الدَّين: فلِما في الشَّرح إلى قوله: «مِن غير مَن عليه الدَّين»، وهو حصَّةُ المُصالِح، وأمَّا في العين: فلاتِّحاد صفقةِ الدَّينِ والعين، وبه ينقلبُ الصَّحيحُ فاسدًا؛ كالجمعِ بينَ الحرِّ والعبدِ في صفقة البيع، كذا في الشُّروح(٣).

---

(١) أي: إذا كانت التَّركةُ ذهبًا وفضَّةً، فصالحوه على ذهبٍ أو على فضَّةٍ: لا يجوز، إلَّا أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤١٣).

(٢) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٤١٠).

(٣) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٤١).

(فإن شَرَطوا بَراءَةَ الغُرَماءِ منه(١).

أو قَضَوا نَصيبَ المُصالَحِ منه(٢) تَبرُّعًا.

أو أقرَضوهُ قَدرَ قِسطِهِ منهُ، وصالَحوا عن غيرِهِ، وأحالَهُم بالقَرضِ على الغُرَماءِ: صَحَّ).

الحيلةُ الأولى: أن يشرُطوا أن يُبرئَ المصالحُ الغرماءَ عن حصَّته مِنَ الدَّين، ويُصالحَ عن أعيان التَّركةِ بمالٍ، وفي هذا الوجهِ فائدةٌ لبقيَّة الورثة[١]؛ لأنَّ المُصالِحَ لا يبقى له على الغرماء حقٌّ؛ لأنَّ حصَّتَه مِنَ الدَّين(٣) تصيرُ لهم.

---

[١] **قولُه**: (فائدةٌ بقيَّةِ الورثة) **أقول**: لعلَّ وجهَ عدِّه فائدةً: أنَّ المديونينَ حينئذٍ يفرَغونَ لقضاء دينِ البقيَّة، ولا شبهةَ أنَّه أخفُّ وأسهلُ عليهم من قضاء دينِ الكلِّ، فحصولُ حقوقِ الورثةِ بسهولةٍ فائدةٌ عظيمةٌ، سيَّما عند أصحاب العَرْضِ والعِزِّ والتَّمكين(٤).

وقال في «البيانيَّة»(٥) وغيرِها: ((وفي هذا الوجهِ ضررٌ لبقيَّة الورثة، فإنَّهم حينئذٍ لا يُمكنُهمُ الرُّجوعُ على الغرماء بقدْر نصيبِ المُصالِح))، فليُتأمَّلْ.

---

(١) أي: من نصيبه من الدَّين. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤١٣).

(٢) أي: من الدَّين.

(٣) «من الدين»: سقط من (ش٢) و(ش٣).

(٤) قوله: «سيَّما عند أصحاب العرض والعزِّ والتَّمكين» **أقول**: العرض والعزُّ والتَّمكين ألفاظٌ مترادفةٌ، يؤيِّد ما قلنا ما وقع في «الصِّحاح»: ((التَّمكين: الوقار، والعرض والعزُّ: التَّمكين))، إلى ههنا كلامه بغير تغيير (مِنهُ).

(٥) «غاية البيان»: (١٢/ ٥٦١).

والثَّانية: أنَّ بقيَّةَ الورثةِ يؤدُّونَ إلى المُصالِح نصيبَه نقدًا، ويُحيلُ لهم حصَّتَه مِنَ الدَّين على الغرماء، وفي هذا الوجهِ يتضرَّرُ بقيَّةُ الورثة؛ لأنَّ النَّقدَ خيرٌ مِنَ الدَّين.

والثَّالثة: وهي أحسنُ الطُّرق، وهي الإقراض، فلنفرِضْ أنَّ حصَّةَ المُصالِحِ مِنَ الدَّين مئةُ درهمٍ، ومن العين مئةٌ أيضًا، ويُصالِحونَ على الدَّراهم، فلا بدَّ أن يكونَ بدلُ الصُّلحِ أكثرَ من مئةٍ، وهو مئةٌ وعشَرةُ دراهمَ، فيُقرِضونَه مئةً، وهو يُحيلُهم بالمئة على الغرماء، وهم يقبَلونَ الحوالة، ثمَّ يُصالِحونَ عن غير الدَّينِ على عشَرةٍ، فإن كانَ غيرُ الدَّينِ بحيثُ يجوزُ الصُّلحُ عنه بعشَرةٍ: فظاهرٌ، وإن لم يكن: يُزادُ على العشَرةِ شيءٌ آخَر؛ كسكِّينٍ مثلًا؛ لتكونَ العشَرةُ في مقابل العشَرة، والباقي في مقابلة السِّكِّين.

(وفي صِحَّةِ الصُّلحِ عن تَرِكَةٍ جُهِلَت على مَكيلٍ أو مَوزونٍ: اختِلافٌ):

فعند بعض المشايخ: لا يجوزُ لشبهةِ(١) الرِّبا.

وعند البعض: يجوزُ[١]؛ لأنَّ ههنا شبهةَ شبهةِ الرِّبا، ولا اعتبارَ لها؛ لأنَّه يحتمِلُ أن يكونَ في التَّركة من جنس بدلِ الصُّلح، وعلى تقدير أن يكونَ [مِن جِنسِه](٢): يحتمِلُ أن يكونَ زائدًا على بدل الصُّلح، فاحتمالُ الاحتمالِ يكونُ شبهةَ الشُّبهة.

ذخيرة العقبى

[١]قولُه: (وعند البعض: يجوزُ) قال الزَّيلعيُّ(٣): ((هذا هو الصَّحيح)).

---

(١) في (ش١) و(ش٥): «بشبهة».
(٢) ما بين معكوفين مثبت من النسخة المطبوعة.
(٣) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٥٢).

(ولو جُهِلَت وهي غيرُ المَكيلِ والمَوزونِ(١) في يَدِ البَقيَّةِ: صَحَّ في الأصَحِّ) وجهُ عدمِ الصِّحَّة: أنَّ هذا الصُّلحَ بيعٌ لا إبراءٌ؛ لأنَّ البراءةَ عنِ الأعيان لا تجوز، فإذا كان بيعًا: فأحدُ البدلينِ مجهولٌ، فلا يصحُّ.

وجهُ الصِّحَّة: أنَّ التَّركةَ إذا كانت في يد بقيَّةِ الورثة[١]: فالجهالةُ لا تُفضي إلى المنازعة، فيجوز[٢].

(وبَطَلَ الصُّلحُ والقِسمَةُ معَ دَينٍ مُحيطٍ(٢)).

(ولا يُصالَحُ قبلَ القَضاءِ في غيرِ مُحيطٍ، ولو فُعِلَ: قالوا: صَحَّ) أي: ينبغي ألَّا يُصالَحَ قبلَ قضاءِ الدَّينِ في دَينٍ غيرِ محيطٍ، ولو صولِح: فالمشايخُ قالوا: صحَّ؛ لأنَّ التَّركةَ لا تخلو عن قليلِ دينٍ، والدَّائنَ قد يكونُ غائبًا، فلو جُعِلَتِ التَّركةُ موقوفةً: يتضرَّرُ الورثة، والدَّائنُ لا يتضرَّر؛ لأنَّ على الورثة قضاءَ دينِه.

(ووُقِفَ قَدرُ الدَّينِ(٣)، وقُسِّمَ الباقي استِحسانًا، ووُقِفَ الكُلُّ قياسًا) وجهُ القياس: أنَّ الدَّينَ يتعلَّقُ بكلِّ جزءٍ مِنَ التَّركة.

---

[١] قولُه: (في يَدِ بقيَّةِ الورثةِ) حتَّى لو كان بعضُ التَّركةِ في يد المُصالِحِ ولا يعلمونَ مقدارَه: لم يجزْ؛ لاحتياجه إلى التَّسليم.

[٢] قولُه: (فيجوز)؛ لأنَّه لا يُحتاجُ فيه إلى التَّسليم، وبيعُ المجهولِ للعاقدَينِ صحيحٌ عند الاستغناءِ عنه، حتَّى أنَّ مَن أقرَّ أنَّه غصبَ من فلانٍ شيئًا، أو أنَّ فلانًا أودعَه شيئًا، ثمَّ اشترى ذلك الشَّيءَ منَ المقرِّ له: جاز وإن كانا لا يعرفانِ مقدارَه.

---

(١) في (ش٢) و(ش٣) و(ش٥): «أو الموزون».

(٢) أي: إذا كان على الميِّت دينٌ مستغرقٌ للتَّركة: بطل الصُّلح مع أحد الورثة ليخرجوه عنها، وقُسِّمَتِ التَّركة بينهم، فإنَّ الورثة لا يملكون التَّركة في هذا الحالة، فإنَّ الدَّين المستغرق يمنع وقوع الملك في التَّركة؛ لتقدُّم قضاء الدَّين على الإرث. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٤٢).

(٣) للغرماء. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤١٦).

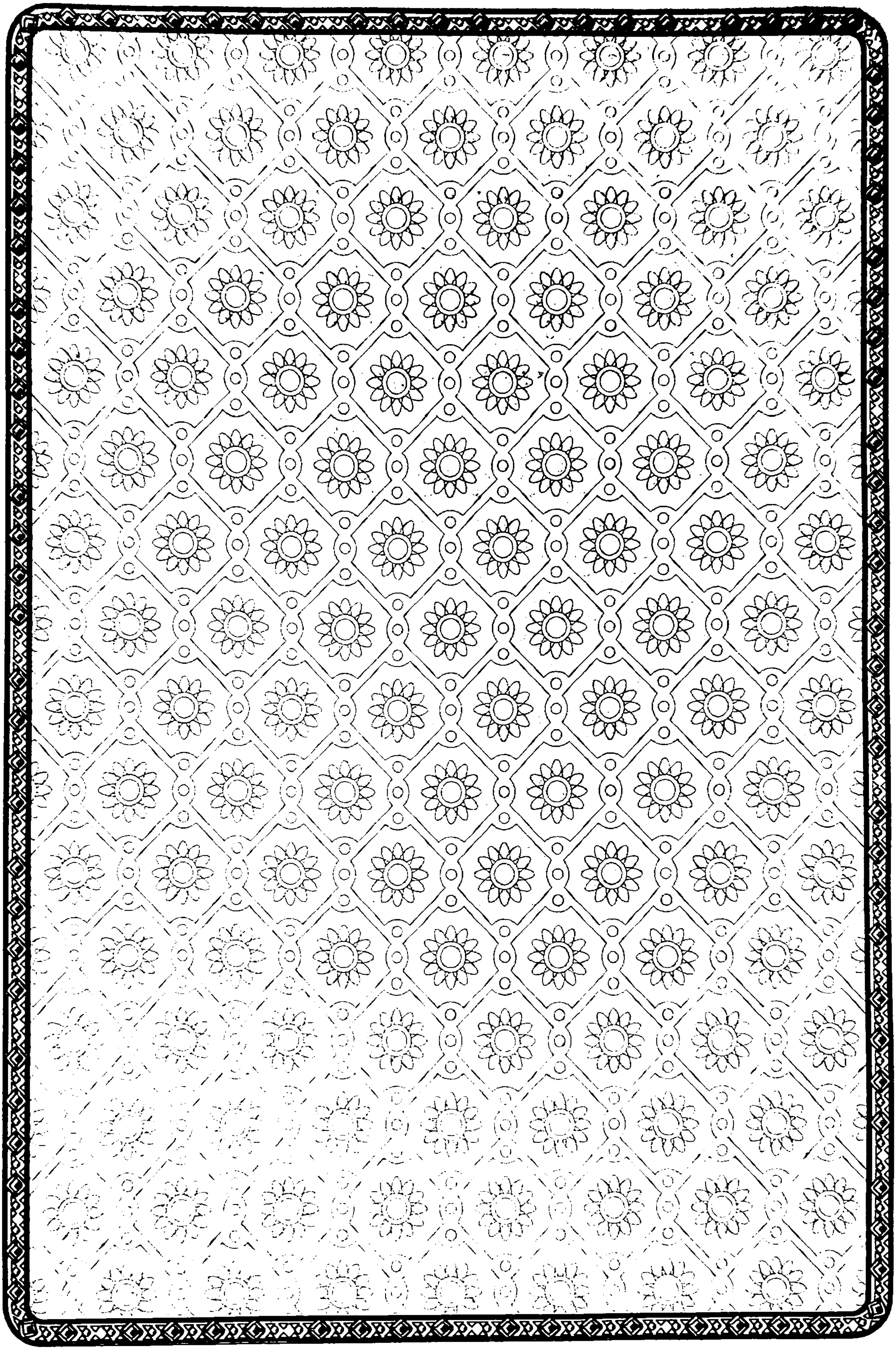
ووجهُ الاستحسان: لزومُ ضررٍ للورثة.

ومن المسائل المُهمَّة: أنَّه هل يُشترَطُ لصحَّة الصُّلحِ صحَّةُ الدَّعوى أم لا؟

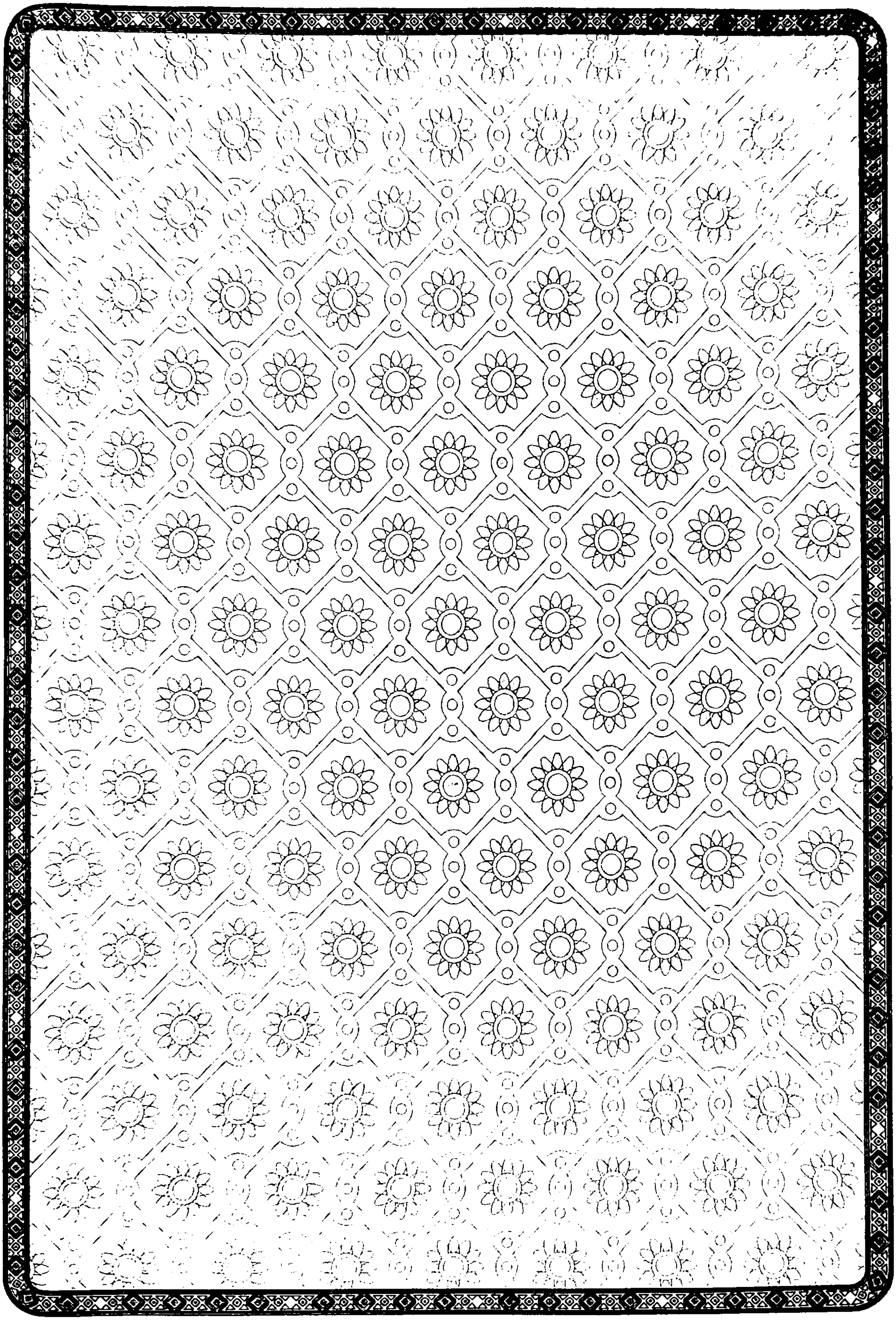
فبعضُ النَّاسِ يقولون: يُشترَط، لكنَّ هذا غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه إذا ادَّعى حقًّا مجهولًا في دارٍ، فصولحَ على شيءٍ: يصحُّ الصُّلحُ على ما مرَّ في باب الحقوقِ والاستحقاق[1]، ولا شكَّ أنَّ دعوى الحقِّ المجهولِ دعوى غيرُ صحيحةٍ، وفي «الذَّخيرة»[2] مسائلُ تؤيِّدُ ما قلنا.

(١) ينظر: (٤/ ١٨٢).

(٢) «الذَّخيرة البرهانيَّة»: (١١/ ٢٣٧).



كِتَابُ المُضَارَبَةِ



كتاب المضاربة

(هي عَقدُ شَرِكَةٍ في الرِّبحِ بمالٍ مِن رَجُلٍ وعَمَلٍ مِن آخَرَ).

[حُكمُها]

(وهي إيداعٌ أوَّلًا، وتَوكيلٌ عندَ عَمَلِهِ، وشَرِكَةٌ إنْ رَبِحَ، وغَصبٌ إنْ خالَفَ، وبِضاعَةٌ[1] إنْ شُرِطَ كُلُّ الرِّبحِ للمالِكِ، وقَرضٌ إنْ شُرِطَ للمُضارِبِ).

اعلم أنَّ في هذه العبارةِ تساهلًا، وهو أنَّ المضاربةَ إذا كانت عقدَ شركةٍ في الرِّبح: فكيف تكونُ بضاعةً أو قرضًا؟ وإنَّما قال ذلك بطريق التَّغليب، والحقُّ أن يقولَ: «إنَّ المضاربةَ إيداعٌ، وتوكيلٌ، وشرِكةٌ، وغصبٌ، ودفعُ المالِ إلى آخرَ

كتاب المضاربة

المضارَبة مِن: ضربَ في الأرض؛ أي: سار فيها، ومنه قولُه تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ﴾؛ أي: يسيرونَ للتِّجارة، كما يدلُّ قولُه تعالى متَّصلًا به: ﴿يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

وإنَّما سُمِّيَ العقدُ بها؛ لأنَّ المضارِبَ يسيرُ في الأرض غالبًا طلبًا للرِّبح، ففيه تغليبُه على صاحب المال، وقيل: أُطلِقَ على العامل لذلك[2]، وعلى ربِّ المال؛ لأنَّه طالبٌ للضَّرب وسببٌ له، كذا فُهِمَ منَ «البيانيَّة»[3].

---

(١) الإبضاع: وضع السِّلعة عند آخر ليبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجرًا. «معجم لغة الفقهاء»: (ص٣٩).

(٢) أي: لكونه يسير في الأرض غالبًا طلبًا (مِنهُ).

(٣) «غاية البيان»: (١٢/ ٥٦٥).

ليعملَ فيه بشرط أن يكونَ الرِّبحُ للمالك: بضاعةٌ، وبشرطِ أن يكونَ للعامل: قرضٌ»، فنَظمُ الدَّفعِ المذكورِ في سلك المضارَبةِ تغليبًا.

(وإجارَةٌ فاسِدَةٌ إنْ فَسَدَت، فلا رِبحَ لهُ عندَهُ) أي: لا ربحَ للمضارِب عندَ الفساد (بل أُجرَةُ(١) عَمَلِهِ(٢) رَبِحَ أم لا(٣)، ولا يُزادُ على ما شُرِطَ(٤)، خلافًا لمُحَمَّدٍ[١]، ولا يُضمَنُ المالُ فيها) أي: في المضارَبة الفاسدةِ (كما في الصَّحِيحَة)(٥).

[شروطُ صحَّتها]

(ولا تَصِحُّ إلَّا:

١- بمالٍ تَصِحُّ فيهِ(٦) الشَّرِكَةُ[٢].

ذخيرة العقبى

وركنُها: أن يقولَ ربُّ المال: «دفعتُ إليكَ هذا المالَ مضاربةً»، أو ما يؤدِّي هذا المعنى، ويقولَ العاملُ قولًا يدلُّ على القَبول.

[١]قولُه: (خلافًا لمُحَمَّدٍ) يعني: أنَّ عنده يُزادُ على القَدْر المشروط، ويبلغُ بالغًا ما بلغ.

[٢]قولُه: (إلَّا بمالٍ يصحُّ فيهِ الشَّرِكَةُ) وهو أن يكونَ رأسُ المالِ دراهمَ أو دنانير، وكذا التِّبرُ والنُّقرةُ إن تعاملَ النَّاسُ بهما عند الأعظم والثَّاني، أو فُلوسًا رائجةً عند الرَّبَّانيِّ، وبما سواها: لا يجوز، وقد تقدَّمَ في كتاب الشَّركة(٧).

(١) في (م١) و(م٢): «أجر».
(٢) وهي أجرة المثل. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤١٩).
(٣) في (م١) و(م٢): «أو لا».
(٤) في (ش٤) زيادة: «للمضارب».
(٥) لأنَّ المضارب أمينٌ، فلا يضمن. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٥١).
(٦) في (م١) و(م٢): «به».
(٧) ينظر: (٣/ ٦٦٨).

٢- وبتَسليمِهِ إلى المُضارِبِ.

٣- وشُيوعِ الرِّبحِ[١] بينَهُما).

(فتَفسُدُ إن شُرِطَ لأحَدِهِما زيادَةُ عَشَرَةٍ).

اعلم أنَّ كلَّ شرطٍ يقطعُ الشَّركةَ في الرِّبح، أو يوجِبُ جهالةَ الرِّبح[٢]: يُفسدُها، وما عداه مِنَ الشُّروط الفاسدةِ: تُفسدُ البيعَ لا تُفسدُ المضاربة، بل بطلَ(١) ذلك الشَّرط[٣]، ....

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (وبشُيوعِ الرِّبحِ) احترازٌ عمَّا إذا شُرِطَ لأحدهما دراهمُ مسمَّاةٌ؛ كعشَرةٍ مثلًا.

[٢] قولُه: (أو يوجبُ جهالةَ الرِّبح)؛ كما إذا ردَّدَ في الرِّبح وقال: «لك إمَّا نصفُه، أو ثلثُه، أو ربعُه»، ولم يُعيِّنْ شيئًا من هذه الكُسور، أو شرطا أن يدفعَ المضارِبُ دارَه إلى ربِّ المالِ سنةً ليسكنَها، أو أرضَه ليزرعَها؛ لأنَّه جعلَ نصفَ الرِّبحِ عوضًا عن عمله وعن أجرة الدَّار، فصار حصَّةُ العملِ مجهولةً، فجُهِلَ الرِّبحُ وهو المعقودُ عليه، فجهالتُه توجبُ فسادَ العقدِ كما تقرَّر، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل(٢).

[٣] قولُه: (بل يبطلُ ذلكَ الشَّرط) كما فيمَن دفعَ ألفًا مضارَبةً على أنَّ الرِّبحَ بينَهما نصفان، وعلى أن يدفعَ إليه ربُّ المالِ أرضَه ليزرعَها سَنةً، فإنَّ فيه صحَّ العقدُ وبطلَ الشَّرط؛ لأنَّه لا يُفضي إلى جهالة حصَّةِ العمل؛ إذ نصيبُه منَ الرِّبح مقابَلٌ بعمله لا غير، ولا جهالةَ فيه؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا شرطَ جزءًا معلومًا أو شائعًا.

(١) قوله: «بل بطل» في (ش٣): «لكن تبطل»، وفي بعض النسخ: «بل يبطل».
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٥١).

وكذا شرطُ الوضيعةِ[١] على المضارِب.

* (وللمُضارِبِ في مُطلَقِها:

١ - أن يَبيعَ بنَقدٍ ونَسيئَةً إلَّا بأجَلٍ لم يُعهَد[٢]) المرادُ بالمطلَق: ما لم يُقيَّد بزمانٍ، أو مكانٍ، أو نوعٍ مِنَ التِّجارة.

[١] قولُه: (وكذا شرطُ الوضيعةِ(١)) وهي اسمٌ لجزءٍ هالكٍ منَ المال، ولا يجوزُ أن يلزمَ غيرَ ربِّ المال، فإن شُرِطَتْ على المضارب أو عليهما: فسدَ الشَّرطُ لا العقد، حيثُ لم توجَدْ جهالةُ الرِّبح، قيل: شرطُ العملِ على ربِّ المالِ لا يوجبُ جهالةً في الرِّبح، ولا يبطلُ في نفسه؛ بل يُفسدُ المضارَبةَ(٢) كما صرَّحَ به في «الهداية»، فلم تكنِ القاعدةُ مطَّردةً.

والجوابُ: أنَّه قال: وما عداه منَ الشُّروط لا يُفسدُ المضارَبة، وإذا شُرِطَ العملُ على ربِّ المال: فليس ذلك بمضارَبةٍ، وسلبُ الشَّيءِ على المعدوم صحيحٌ؛ نحو: زيدٌ المعدومُ ليس ببصيرٍ، فقولُ «الهداية»(٣): ((وشرطُ العملِ على ربِّ المالِ مفسدٌ [للعقد])) معناه: مانعٌ عن تحقُّقه، كذا فُهِمَ منَ «العناية»(٤).

[٢] قولُه: (لم يُعهَدْ) أي: لم يكنْ مثلُ هذا الأجلِ متعارَفًا بينَ المُعاملَين(٥)؛ كأن باعَ إلى عشرِ سنينَ مثلًا.

---

(١) يقال: وضع التَّاجر في سلعته؛ أي: خسر، كذا في «الغاية»: (١٢/ ٥٨٤)، نقلًا من «الجمهرة»: (٢/ ٩٠٥) (مِنهُ).

(٢) زاد في (ح٥): «به».

(٣) «الهداية»: (٣/ ٢٠١).

(٤) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٥١).

(٥) في (ح١) و(ح٢) و(ح٣): «العاملين».

٢- (وأن يَشتَرِيَ ويوَكِّلَ بهِما) أي: بالبيع والشِّراء.

٣- (ويُسافِرَ).

وعند أبي يوسُف: ليس له أن يُسافِر.

وعن أبي حنيفة: إن دفعَ في بلده: ليس له أن يُسافرَ(١)، وإن دفعَ في غير بلدِه: له أن يُسافرَ إلى بلده.

٤- (ويُبضِعَ(٢) ولو رَبَّ المالِ[١]، ولا تَفسُدُ هي بهِ) أي: لا تفسُدُ المضاربةُ بأن يُبضِعَ ربُّ المال، خلافًا لزفر.

٥-١٠- (ويودِعَ، ويرهَنَ، ويرتَهِنَ، ويُؤَجِّرَ، ويَستأجِرَ، ويَحتالَ بالثَّمنِ على الأيسَرِ والأعسَرِ) أي: يقبلَ الحوالة.

(وليس لهُ(٣):

١- أن يُضارِبَ إلَّا بإذنِ المالِكِ، أو بـ: «اعمَل برَأيكَ»(٤)).

---

[١] قولُه: (ويُبضِعَ ولو ربَّ المال) أي: يُعطي المضاربُ مالَ المضاربةِ لربِّ المالِ على أن يكونَ العملُ لربِّ المال، والرِّبحُ كلُّه للمضارِب، كما فُهِمَ من قول الشَّارحِ في أوَّلِ الكتاب: «ودفعُ المالِ لآخر» إلى قوله: «بضاعةٌ».

---

(١) في (ش٣) زيادة: «لما يكره».

(٢) في «القاموس»: الباضع: الشَّريك اهـ والمراد هنا: دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الرِّبح لربِّ المال، ولا شيء للعامل. «حاشية ابن عابدين»: (٤/ ٣١٦).

(٣) أي: للمضارب.

(٤) أي: وليس للمضارب أن يضارب مال المضاربة لآخر إلَّا بإذن ربِّ المال صريحًا، أو بقوله للمضارب: «اعمل برأيك». «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٥٧).

الضَّابط: أنَّ الشَّيءَ لا يتضمَّنُ مثلَه[1]، بل يتضمَّنُ دونَه؛ كالإيداع ونحوِه.

٢و٣- (ولا أن يُقرِضَ، أو يَستَدينَ وإن قيلَ لهُ ذلك) أي: «اعمَلْ برأيك» (ما لم يُنَصَّ عليها(١)) أي: على الاستدانة[2].

[١] **قولُه**: (الضَّابط: أنَّ الشَّيءَ لا يتضمَّنُ مثلَه... إلخ) **لا يُقال**: هذا منقوضٌ بالمكاتَب، والعبدِ المأذونِ له، والمستعير(٢)، حيثُ تضمَّنَتْ هذه العقودُ أمثالَها كما صُرِّحَ به في أبوابها.

لأنَّا نقول: إنَّهم يتصرَّفونَ بحكم المالكيَّةِ لا بحكم النِّيابة؛ لأنَّ المكاتَبَ صار حرًّا يدًا، فله أن يُكاتِب(٣)، والمأذونَ بفكِّ الحَجْرِ صار متصرِّفًا لنفسه، فله أن يأذنَ لعبده، والمستعيرَ يملكُ تمليكَ المنفعةِ أيضًا، كذا في «التَّبيين»(٤).

[٢] **قولُه**: (أي: على الاستدانةِ) **أقول**: قد فُسِّرَ في بعض الشُّروحِ(٥) الضَّميرُ المتَّصلُ بـ«على» بالاستدانة والإقراضِ معًا؛ إيماءً إلى تخطئة الشَّارحِ بناءً على ظنِّ أنَّه ضميرُ المثنَّى كما هو الظَّاهر، حتَّى وقع في بعض نُسخِ الشَّرحِ لفظُ «الإقراض» أيضًا عطفًا على «الاستدانة»؛ لاقتضاء ظاهرِ الحالِ إيَّاه، والحقُّ عندي أنَّ المصنِّفَ قصدَ بإفراد الضَّميرِ إلى أنَّ التَّنصيصَ من ربِّ المال بالتَّجويز للمضارِب إقراضَ مالِ المضاربةِ منَ اللُّغويَّة، بحيث لا يليقُ للعاقل أن يلتفتَ إليه أصلًا، حتَّى أنَّ قولَ الشَّارح: «وإنَّما يصحُّ» إلى قوله: «إذ لا فائدة فيه» عَقيبَ التَّصريحِ بمرجع الضَّمير:

(١) في (م٢): «عليهما».
(٢) في (ح١) و(ح٤) و(ح٥): «والمستعار»، وكذا في الموضع الآتي، والمثبت موافقٌ للمصدر.
(٣) ولأنَّ الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه، كذا في الزَّيلعيِّ: (٥/ ٥٩) (مِنهُ).
(٤) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٥٩).
(٥) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٧٣).

وإنَّما تصحُّ المضاربةُ بـ: «اعمَلْ برأيك» دونَ الإقراض؛ لأنَّ المضاربةَ من صنيع التُّجَّار(١)، وهي مَجلبةٌ[١] للرِّبح، بخلاف الإقراض؛ إذ لا فائدةَ فيه.

(فلو شَرى(٢) بالمالِ[٢] بَزًّا[٣] وقَصَرَ، أو حَمَلَ[٤] بمالِهِ، وقيلَ لهُ ذلك) أي:

إشعارٌ باستحسان اعتبارِ هذا المعنى منه، وهي أن يشتريَ بالدَّين بعدما اشترى برأس المالِ سلعةً(٣)؛ لأنَّ الاستدانةَ تصرُّفٌ بغير رأسِ المال، والتَّوكيلُ مقيَّدٌ(٤) برأس المال، فلا يملكُها المضارِبُ إلَّا بالتَّنصيص(٥)، كذا في «الكافي»(٦).

[١] قولُه: (وهي مُجلِبةٌ) - بالجيم والباءِ الموحَّدة -: اسمُ فاعلٍ من: أجلبَ الشَّيءَ إلى نفسه؛ إذا جذبَه، وأجلب، كذا استُفيدَ منَ الجوهريِّ(٧).

[٢] قولُه: (شرى بالمال) أقول: إنَّما أتى بلفظ «المال»(٨)؛ تنبيهًا على أنَّه لم يبقَ شيءٌ من مال المضارَبةِ ليتعيَّنَ كونُه استدانةً عليه.

[٣] قولُه: (والبَزُّ) - بفتح الباءِ الموحَّدة، وبالزَّاء المعجَمةِ عند أهل الكوفة -: ثيابُ الكَتَّانِ والقطن، لا ثيابُ الصُّوفِ والخزِّ، كذا في «المغرب»(٩).

[٤] قولُه: (أو حَمَلَ) أي: أعطى أجرةَ الحمَّالِ من عندِ نفسِه، لا من مال المضارَبة.

---

(١) في (ش٤): «التجارة».

(٢) أي: المضارب.

(٣) أو اشترى بأكثرَ من رأس المال ابتداءً، كذا في «التَّبيين»: (٥/ ٦٩) (مِنهُ).

(٤) في (ح٣): «مقدر» والمثبت موافقٌ للمصدر.

(٥) التَّنصيص: التَّعريض (مِنهُ).

(٦) «الكافي»: (٨/ ١٤٨).

(٧) «الصِّحاح»: (جلب).

(٨) في (ح٣): «الماضي».

(٩) «المغرب»: (ب ز ز).

«اعمَلْ برأيك»: (فقد تَطَوَّعَ[١])؛ لأنَّه لا يملِكُ الاستدانة.

(وإن صَبَغَهُ أحمَرَ: يَكونُ(١) شَريكًا بما زادَ، ودَخَلَ تحتَ: «اعمَلْ بِرَأيِكَ»، وكذا الخَلطُ بمالِهِ(٢)) أي: إذا قال: «اعمَلْ برأيك» فصبغَه أحمرَ: يكونُ شريكًا بما زاد(٣)، ويدخلُ الصَّبغُ تحتَ «اعمَلْ برأيك»، وكذا الخُلطةُ[٢] بماله، بخلاف القَصارة[٣]؛ لأنَّه لا يختلِطُ به شيءٌ من ماله.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فقد تَطَوَّعَ) أي: تبرَّعَ وتفضَّل، فلا تُعتبرُ الأجرةُ التي أعطاها للقصَّار والحمَّالِ في حساب الرِّبحِ من مال المضارَبة؛ بل من ماله؛ لأنَّه استدانةٌ على المضارَبة بعد استغراق رأسِ المال، فلم ينفُذْ على ربِّ المال، وإنَّما أعادَه بعد أن يعلمَ بقوله: «أو يستدينَ»؛ تمهيدًا لقوله: «وإن صبغَه»؛ تنبيهًا على الفرق بينَ القَصارةِ والحِملان، وبينَ الصَّبغ، فالضَّميرُ في «صبغَه» راجعٌ إلى البَزِّ المذكورِ كما فُهِمَ من لفظ «الكافي»(٤).

[٢] قولُه: (كالخُلطة) وهي - بضمِّ الخاءِ المعجَمة -: الشَّركة، كذا في «الصِّحاح»(٥).

[٣] قولُه: (بخلافِ القَصارة) بفتح القاف، فإنَّ القِصارةَ بكسرها: حِرفةُ القَصَّار، وبالفتح: فعلُه، مصدرٌ من: قصَرَ الثَّوب، كذا في «النِّهاية»(٦).

---

(١) في (م١) و(م٢): «فهو».

(٢) قوله: «كذا الخلط بماله» في (ش٤) و(ش٥) و(م١) و(م٢): «كالخلطة»، و«بماله»: سقط من (م٢).

(٣) قوله: «ودخل تحت اعمل برأيك... شريكًا بما زاد»: سقط من (ش٢) و(ش٣).

(٤) «الكافي»: (٨/ ١٥٤).

(٥) «الصِّحاح»: (خلط).

(٦) «النِّهاية شرح الهداية»: (٩/ ٢٣).

وإنَّما قال: «فصبغَه أحمرَ»، حتَّى لو صبغَه أسودَ: فإنَّه لا يدخلُ تحتَ «اعمَلْ برأيك» عند أبي حنيفة؛ لأنَّ السَّوادَ نقصانٌ عنده، وأمَّا سائرُ الألوانِ غيرَ السَّواد: فكالحُمرة (فلا يَضمَنُ) أي: بصَبغِه أحمرَ، وبالخلط بماله إذا قال: «اعمَلْ برأيك»[١] (ولهُ حِصَّةُ صَبغِهِ إن بيعَ، وحِصَّةُ الثَّوبِ في المُضارَبَةِ) أي: في مال المضارَبة[٢].

(ولا أن يُجاوِزَ بَلَدًا، أو سِلعَةً، أو وَقتًا، أو شَخصًا عَيَّنَهُ رَبُّ المالِ، فإن جاوَزَ عنهُ: ضَمِنَ، ولهُ رِبحُهُ، ولا أن يُزَوِّجَ عبدًا، أو أمَةً[٣] مِن مالِها) أي: من

[١] قولُه: (إذا قال: اعملْ برأيك) إشارةً إلى جوابِ ما قيل: المضارِبُ لمَّا لم يكن له ولايةُ الصَّبغ: كان به مخالفًا غاصبًا، فيجبُ أن يضمنَ كالغاصبِ بلا تفاوتٍ بينَهما.

وحاصلُ الجواب: أنَّ الكلامَ في مضارِبٍ قيل له: «اعمل برأيك»، وذلك يتناولُ الخلط، وبالصَّبغ اختلطَ مالُه بمال المضارَبة، فصار شريكًا، فلم يكن غاصبًا، فلا يضمن.

[٢] قولُه: (أي: في مالِ المضارَبة) حتَّى لو باعَه مساوَمةً، وكان قيمةُ الثَّوبِ غيرَ مصبوغٍ ألفًا، ومصبوغًا ألفًا ومئتَين: كانتِ الألفُ للمضارَبة، ومئتانِ للمضارِب بدلَ صبغِه، كذا في «البيانيَّة»(١).

[٣] قولُه: (أو أمَةً) وجوَّزَ الثَّاني تزويجَها؛ لأنَّه جعلَه منَ الاكتساب بلزوم المهر، وسقوطِ النَّفقة(٢)، والجواب: أنَّه ليس بتجارةٍ وإن كان فيه كسبٌ، فصار كالإعتاقِ على مالٍ لا يدخلُ في المضارَبة.

(١) «غاية البيان»: (١٢/ ٦٧١).

(٢) في (ح١): «المنفعة».

مال المضارَبة (ولا أن يَشتَريَ مَن يَعتِقُ على رَبِّ المالِ) سواءٌ كان قريبَه، أو قال ربُّ المال: «إنِ اشتريتَ فلانًا: فهو حرٌّ» (فلو شَرى: كانَ لهُ لا لها[١]) أي: كان للمُضارِبِ لا للمُضارَبة.

(ولا مَن يَعتِقُ عليهِ(١)[٢] إن كانَ(٢) رَبِحَ[٣]، ولو فَعَلَ(٣): ضَمِنَ، وإنْ لم يَكُن

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا لها) وفيه إشارةٌ إلى الفرق بينَهما وبينَ الوكالة، فإنَّ الوكيلَ بشراء عبدٍ مطلقًا إنِ اشترى مَن يعتِقُ على موكِّله: لم يكنْ مخالفًا، وذلك لأنَّ الرِّبحَ المحتاجَ إلى تكرار التَّصرُّفِ ليس بمقصودٍ في الوكالة، حتَّى لو كان مقصودَ الموكِّل، وقيَّدَ بقوله: «اشترِ لي أبيعُه»، فاشترى مَن يعتِقُ عليه: كان مخالفًا.

ثمَّ إن كان نقدَ الثَّمنَ من مال المضارَبة: يتخيَّرُ ربُّ المالِ بينَ أن يستردَّ المقبوضَ منَ البائع، ويرجعَ البائعُ على المضارِب، وبينَ أن يُضمِّنَ المضارِبَ مثلَ ذلك؛ لأنَّه قضى بمال المضارَبةِ دَينًا عليه.

[٢] قولُه: (ولا من يَعتِقُ عليه) أي: ليس للمضارِب أن يشتريَ من مالها مَن يَعتِقُ على نفسه؛ لأنَّه يعتِقُ عليه نصيبُه، ويفسدُ نصيبُ ربِّ المال؛ لانتفاء جوازِ بيعِه؛ لكونه مستسعًى عند الأعظم، أو يعتِقُ الكلُّ عندهما على الاختلاف المعروفِ في تجزُّؤ الإعتاق، فيمتنعُ التَّصرُّف، فينتفي المقصود.

[٣] قولُه: (إن كانَ رَبِحَ ... إلخ) قال الزَّيلعيُّ(٤): ((المرادُ بوجود الرِّبحِ المذكورِ هنا: أن يكونَ قيمةُ العبدِ المشترى أكثرَ من رأس المال، سواءٌ كان في جملة مالِ

---

(١) أي: على المضارب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٢٥).

(٢) في (ش٣) زيادة: «له».

(٣) أي: اشترى المضارب من يعتق عليه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٢٥).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٦١) وفيه: ((والمراد من ظهور الرِّبح...)).

رَبِحَهُ(١): صَحَّ[١]، وإن زادَت[٢] قيمَتُهُ: عَتَقَ حِصَّتُهُ[٣](٣)، ولم يَضمَن شَيئًا)؛ لأَنَّه لا صُنعَ له(٢)[٤] في زيادة القيمة (وسَعى العَبدُ في قيمَةِ حِصَّتِهِ منهُ) أي: في قيمة حصَّةِ ربِّ المالِ مِنَ العبد[٥].

المضارَبةِ ربحٌ أو لم يكنْ؛ لأَنَّه إذا كانت قيمةُ العينِ مثلَ رأسِ المالِ أو أقلَّ: لا يظهرُ مِلكُ المضارِبِ فيه؛ بل يُجعَلُ مشغولًا برأس المال، حتَّى إذا كان رأسُ المالِ ألفًا وصار عشَرةَ آلافِ درهمٍ، ثمَّ اشترى المضارِبُ مَن يَعتِقُ عليه وقيمتُه ألفٌ أو أقلُّ: لا يعتِقُ عليه))، انتهى.

[١] قولُه: (صَحَّ) أي: جاز شراؤه؛ لانتفاء المانعِ منَ التَّصرُّف، حيثُ لا شركةَ له فيه.

[٢] قولُه: (فإن زادَتْ) أي: بعد الشِّراء.

[٣] وقولُه: (عَتَقَ حِصَّتُهُ(٣)) أي: عليه؛ لتملُّكه بعضَ قريبِه.

[٤] قولُه: (لا صُنعَ له) كما إذا ورثَه معَ غيرِه؛ كامرأةٍ اشترَتِ ابنَ زوجِها، فماتَت وتركَت زوجًا وأخًا: عتَقَ نصيبُ(٤) الزَّوجِ عليه، ولا يضمنُ لأخيها شيئًا؛ لعدم الصُّنعِ منه.

[٥] قولُه: (في قيمةِ حصَّةِ ربِّ المالِ مِنَ العبد) وهو رأسُ المال، وحصَّةُ ربِّ المالِ منَ الرِّبح؛ لأَنَّه احتُسِبَتْ ماليَّةُ العبدِ عند العبد، فيسعى العبدُ فيه كما في الوِراثة.

---

(١) في (م١) و(م٢): «رَبِحَ».
(٢) في (ش٣) زيادة: «من جهته».
(٣) في (ح٣): «بعضه».
(٤) «نصيب» سقطت من جميع النُّسخ عدا (ح٤)، والمسألة من «العناية»: (٨/ ٤٥٨).

(مُضارِبٌ بالنِّصفِ شَرى بألفِها[1] أمَةً، فوَلَدَت وَلَدًا[2] مُساويًا ألفًا، فادَّعاهُ[3]، فصارَت قيمَتُهُ ألفًا ونِصفَهُ: سَعى لرَبِّ المالِ في ألفٍ ورُبُعِهِ، أو أعتَقَهُ، ولرَبِّ المالِ بعدَ قَبضِ ألفِهِ تَضمينُ المُدَّعي نِصفَ قيمَتِها).

وجهُ ذلك: أنَّ الدِّعوةَ صحيحةٌ في الظَّاهر حملًا على فراشِ النِّكاح[1]، لكن لم تنفُذ لعدم الملك؛ لأنَّ مالَ المضاربةِ إذا صارت أعيانًا[2] كلُّ واحدٍ يُساوي رأسَ المال: لا يظهرُ الرِّبح، بل كلُّ واحدٍ يصلُحُ أن يكونَ رأسَ المال؛ لأنَّه يُمكنُ أن يهلِكَ ما سواه، ويبقى واحدٌ فقط، فلا رُجحانَ لأحدٍ لكونه رأسَ المالِ أو ربحًا.

---

[١] قولُه: (على فراشِ النِّكاح) بأنْ زوَّجها البائعُ منَ المضارِب، ثمَّ باعَها منه فوطئَها، فعلِقَتْ منه.

[٢] قولُه: (إذا صارَت أعيانًا) كما لِو اشترى بألف المضارَبةِ عبدَين، كلُّ واحدٍ منهما يُساوي ألفًا: فإنَّه لا يظهرُ الرِّبح، وإذا لم يظهرْ: لم يكنْ للمضارِب في الجارية مِلكٌ، وبدون المِلكِ لا يثبتُ الاستيلاد.

قيل عليه: إنَّ المضارِبَ إذا اشترى بألف المضارَبةِ فرسَين، كلُّ واحدٍ منهما يُساوي ألفًا: كان له ربعُهما، حتَّى لو وهب ذلك لآخرَ وسلَّمَه: صحَّ، ولولا ظهورُ الرِّبح: لم يتيسَّرْ له ذلك.

---

(١) أي: ألف المضاربة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٢٥).

(٢) «ولدًا»: سقط من (م١) و(م٢).

(٣) أي: ادَّعى المضارب أنَّه ابنه. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٢٥). وفي (م١) و(م٢) زيادة: «موسرًا»، وسقط أيضًا من بعض نُسخ المتن الأُخرى، واستدركه ابن كمال باشا في «إصلاحه»: (٢/ ٢١٧) وجعلَه من استدركاته على «الوقاية».

ثمَّ إذا زادَتِ[1] القيمةُ بعد الدِّعوةِ حتَّى صارَ قيمةُ الولدِ ألفًا وخمسَمئةٍ: ظهرَ الرِّبح، فنفذَتِ الدِّعوةُ السَّابقة، ويثبُتُ النَّسب، وعتَقَ الولد؛ لقيام ملكِه في البعض، ولا يضمنُ لربِّ المالِ شيئًا؛ لأنَّ عتقَه بالدِّعوةِ وبالمِلك، والملكَ مؤخَّرٌ[2] فيُضافُ إليه، ولا صُنعَ له فيه؛ لأنَّه ضمانُ إعتاقٍ، فلا بدَّ له من صُنعٍ، فله الاستسعاءُ في رأس المالِ ونصفِ الرِّبحِ أوِ الإعتاقِ عند أبي حنيفة، فإذا قبضَ

وأُجيبَ عنه: بأنَّ المرادَ بالأعيان: أجناسٌ مختلفةٌ، والفرَسانِ جنسٌ واحدٌ يُقسَمانِ جملةً واحدةً، وإذا اعتُبِرا جملةً: حصلَ البعضُ ربحًا، بخلاف العبدَين، فإنَّهما لا يُقسَمانِ جملةً واحدةً؛ بل كلُّ واحدٍ يكونُ بينهما على حدَةٍ(1)، فإنَّ الرَّقيقَ أجناسٌ مختلفةٌ عند الأعظم قولًا واحدًا، وعندهما أيضًا في روايةٍ، وإذا امتنعَتِ القسمة: لم يظهرِ الرِّبح، فكان كلُّ واحدٍ منهما مشغولًا برأس المال، كذا في «العناية»(2).

[1] **قولُه:** (ثمَّ إذا زادَت) يعني: حالَ كونِ المدَّعي موسرًا، وإنَّما قيَّدنا به لنفي شبهةٍ، وهي أنَّ الضَّمانَ إنَّما هو بسببِ دعوةِ المضارِب، وهو ضمانُ إعتاقٍ في حقِّ الولد، وضمانُ الإعتاقِ يختلفُ باليسار(3) والإعسار، فكان الواجبُ أن يضمنَ المضارِبُ إذا كان موسرًا، ومعَ ذلك لا يضمن.

[2] **قولُه:** (بالدَّعوةِ، والمِلكَ مؤخَّرٌ) **أقول:** هكذا وُجِدَتْ أكثرُ النُّسخِ التي رأيناها، والذي يقتضيه أصلُ المسألةِ وقولُ صاحبِ «الهداية» و«شرَّاحِها»(4):

---

(1) في المصدر: «على حاله».

(2) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٥٩).

(3) في (ح١): «بالإيسار»، وفي (ح٣): «بالبيان».

(4) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٦١).

الألفَ: له أن يُضمِّنَ المضارِبَ الذي ادَّعى الولدَ نصفَ قيمةِ الأمِّ؛ لأنَّ الألفَ المأخوذَ صار رأسَ المال؛ لتقدُّمه استيفاءً، فالجاريةُ كلُّها ربحٌ، لكنْ نفَذَتِ الدَّعوةُ السَّابقة، وصارت أمَّ ولدٍ، فيضمَنُ نصفَ قيمتِها؛ لأنَّه ضمانُ تملُّكٍ، فلا يُشترَطُ له صُنعٌ.

((لأنَّ عتقَ الولدِ بالنَّسب والمِلك، والمِلكُ[1] آخرُهما)) أن يكونَ لفظُ «المِلك» مكرَّرًا مجرورًا، ولهما [أوَّلُهما]: عطفٌ على لفظ «الدِّعوة» ومرفوعًا. ثانيهما: مبتدأٌ خبرُه لفظُ «مؤخَّرٌ».

(١) سقط من (ح٣) و(ح٥) والمثبت موافقٌ للمصدر.

باب المُضارب الذي يُضارِب[1]

(ولا يَضمَنُ المُضارِبُ[2] بدَفعِهِ مُضارَبَةً بلا إذنٍ إلى أن يَعمَلَ الثَّاني في ظاهِرِ الرِّوايَةِ، وهو قَولُهُما، وإلى أن يَربَحَ في رِوايَةِ الحَسَنِ عن أبي حَنيفَةَ).

وجهُ الأوَّل: أنَّ الدَّفعَ إيداعٌ، وهو يملِكُه، فإذا عمِلَ: تبيَّنَ أنَّه مضارَبةٌ، فيضمن.

وجهُ الثَّاني: أنَّ الدَّفعَ قبلَ العمل إيداعٌ، وبعدَه إبضاعٌ، وهو يملِكُهما[3]، فإذا ربِحَ: ثبتَ الشَّركة، فحينَئذٍ يضمن، كما لو خلطَ بغيره.

وعند زفر: يضمنُ بمجرَّد الدَّفع.

(فلو أذِنَ بالدَّفعِ[4]، فدَفَعَ بالثُّلُثِ، وقيلَ لهُ: «ما رَزَقَ اللهُ تَعالى بينَنا نِصفانِ»: فنِصفُ رِبحِهِ للمالِكِ، وسُدُسُهُ للأوَّلِ، وثُلُثُهُ للثَّاني، وإنْ قيلَ: «ما رَزَقَكَ اللهُ

بابُ مَنِ المُضارِب[5]

---

(١) في (ش١) «باب المضاربة» وفي (ش٢): «باب الضمان»، وفي (ش٣): «باب المضارب»، وفي (ش٤): «باب ضمان المضارب»، وفي نُسخ المتن (م١) و(م٢): «باب من المضاربة»، والمُثبت من (ش٥)، وفي «الهداية»: «باب المُضارب يُضارِب»، ومعناه: هذا بابٌ في بيان أحكام المضارب حال كونه يضارب مع آخر. ينظر: «البناية شرح الهداية»: (١٠/ ٦٥).
وسقط من بداية هذا الباب في النُّسخة (م١) إلى قوله: «آخر عليه لهما»: (٤/ ٦٧٦).

(٢) أي: إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربةً بلا إذنٍ من ربِّ المال: فلا ضمان على المضارب إذا هلك المال بمجرَّد الدَّفع ما لم يعمل المضارب الثَّاني في المال. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٧١).

(٣) في (ش١): «يملكها».

(٤) أي: لو أذن ربُّ المال للمضارب بالدَّفع إلى آخر بالمضاربة. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٧٤).

(٥) في (ح١): «باب المضاربة»، وسقط من (ح٣) و(ح٤).

تَعالى»: فلِكُلٍّ ثُلُثٌ)؛ لأنَّ المالكَ قد أذِنَ بالدَّفع مضارَبةً، فللمضارِبِ الثَّاني ما شرطَ له المضاربُ الأوَّلُ ممَّا رزقَ الله، فللمُضارب الأوَّلِ الثُّلثانِ نصفَينِ بينه وبين ربِّ المال.

(ولو قيلَ: «ما رَبِحتَ» ودَفَعَ بالنِّصفِ: فللثَّاني نِصفٌ، ولهما[(١)] نِصفٌ)؛ لأنَّ ربحَ المضاربِ الأوَّلِ النِّصف، وهو مشترَكٌ بينه وبين ربِّ المال.

(ولو قيلَ: «ما رَزَقَ اللهُ تَعالى: فلي نِصفٌ»، أو «ما فَضَلَ[(٢)] فنِصفانِ»، وقد دَفَعَ بالنِّصفِ[(٣)]: فنِصفُهُ للمالِكِ، ونِصفُهُ للثَّاني، ولا شَيءَ للأوَّلِ[١]).

ولو شَرَطَ للثَّاني ثُلُثَيه: فللمالِكِ والثَّاني شَرطُهُما[(٤)]، وعلى الأوَّلِ السُّدُسُ[(٥)])؛ لأنَّ للمالك النِّصفَ، وللمضارِب الثَّاني ثُلثَين، فيضمَنُ المضارِبُ الأوَّلُ السُّدس[٢].

---

[١] قولُه: (ولا شَيءَ للأوَّل)؛ لأنَّه جعلَ مالَه لغيرِه، فلا يبقى له شيءٌ، كذا في «البيانيَّة»[(٦)].

[٢] قولُه: (فيضمَنُ المضارِبُ الأوَّلُ السُّدس)؛ لأنَّه شرَطَ للثَّاني شيئًا هو مستحَقٌّ لربِّ المال، فلم ينفذْ في حقِّه؛ لما فيه منَ الإبطال.

---

(١) أي: للمضارب الأوَّل وصاحب المال.
(٢) أي: من رأس المال. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٤٢٩).
(٣) أي: دفع المضارب المال إلى آخر مضاربةً بالنِّصف. «شرح ابن ملك»: (٣/ ٤٢٩).
(٤) أي: فلهما ما شرط لهما. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٢٩).
(٥) في (م٢): «سدس».
(٦) «غاية البيان»: (١٢/ ٦٢٤).

(وصَحَّ شَرطُهُ للمالِكِ ثُلُثًا، ولعَبدِهِ[١] ثُلُثًا ليَعمَلَ معَهُ) أي: مع المضارِب (ولنَفسِهِ ثُلُثًا).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (ولعَبدِهِ) أي: ولعبد المالك؛ لأنَّ له يدًا معتبَرةً[(١)]، خصوصًا إذا كان مأذونًا، واشتراطُ العملِ إذنٌ له، فلم يكن مانعًا منَ التَّسليم والتَّخليةِ بينَ المالِ والمضارِب.

(١) ولهذا لا يكون للمولى أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورًا عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، كذا في «الهداية»: (٣/ ٢٠٦) (مِنهُ).

[فصلٌ في العزلِ والقِسمة]

(وتَبطُلُ بمَوتِ أحَدِهِما(١)، ولَحاقِ المالِكِ مُرتَدًّا[١]) بخلاف لحاقِ المضارِبِ بدار الحربِ مرتدًّا، حيثُ لا تبطُلُ المضاربة؛ لأنَّ له عبارةً صحيحةً[٢].

(ولا يَنعَزِلُ حتَّى يَعلَمَ بعَزلِهِ) أي: إن عزلَ ربُّ المالِ المضاربَ: لا ينعزِلُ

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ولَحاقِ المالِكِ مُرتَدًّا) يعني: بطلَتِ المضارَبةُ باللَّحاق المذكورِ إذا لم يعُدِ المرتدُّ المذكورُ مسلمًا، أمَّا إذا عادَ مسلمًا: فهي كما كانت قبل القضاءِ أو بعده، أمَّا قبل القضاء: فلأنَّه بمنزلة الغَيبة، وهي لا توجبُ بطلانَ المضارَبة، وأمَّا بعده: فلأنَّ وجودَ حقِّ المضاربِ مانعٌ عن بطلانها.

وإنَّما بطلَتْ بلحاقه على تقدير عدمِ عَودِه؛ لأنَّ بقاءَها إنَّما يتأتَّى بتصرُّف المضارِب، وهو مبنيٌّ على تصرُّف المالكِ الذي هو أيضًا موقوفٌ على بقاء مالِ المضارَبةِ على مِلكه، وقد زال من يده فصار حقًّا لورثته ما دام باقيًا على اللُّحوق المذكور؛ لأنَّه بمنزلة الموت، ولهذا يورَّثُ مالُه، ويعتِقُ أمَّهاتُ أولادِه ومدبَّروه.

[٢] قولُه: (لأنَّ لهُ عبارةً صحيحةً) فلا توقُّفَ في تصرُّفه في مال المضارَبةِ حالَ لحوقِه؛ لأنَّ توقُّفَ تصرُّفِ المرتدِّ إنَّما هو لتعلُّق حقِّ ورثتِه، فلا توقُّفَ في المال المذكور؛ لعدم تعلُّقِ ورثةِ المضارِبِ به؛ بل بمال مورِّثهم، فلا يُعطى له حكمُ الموتِ بالنِّسبة إليه؛ بل بالنِّسبة إلى مال نفسِه، ولهذا يُقسَمُ هذا لا ذاك، كذا فُهِمَ من تقرير الشُّرَّاح(٢).

---

(١) أي: تبطل المضاربة بموت المضارب أو صاحب المال. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٧٩).

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٦٨).

حتَّى يعلمَ بعزله (فلو عَلِمَ: فلهُ بَيعُ عَرَضِها(١)[١]، ثمَّ لا يَتَصَرَّفُ في ثَمَنِهِ، ولا في نَقدٍ نَضَّ مِن جِنسِ رَأسِ مالِهِ) «نَضَّ»: بالضَّادِ المعجمة؛ أي: صار نقدًا (ويُبدِلُ خِلافَهُ بِهِ استِحسانًا) أي: يُبدِلُ نقدًا نضَّ، لكنَّه خلافُ جنسِ رأسِ المال، بأن كان رأسُ المالِ دراهمَ، والنَّقدُ دنانيرَ، أو بالعكس.

وفي القياس: لا يُبدِلُه؛ لوجود العزل، ولا ضرورةَ، بخلاف العُروض.

ووجهُ الاستحسان: أنَّ الرِّبحَ لا يظهرُ إلَّا عند اتِّحاد الجنس، فتحقَّقتِ الضَّرورة.

(ولوِ افتَرَقا[٢] وفي المالِ دَينٌ: لَزِمَهُ اقتِضاءُ دَينِهِ إن كانَ(٢) رَبِحَ، وإلَّا: لا)؛

---

[١] **قولُه**: (فلهُ بَيعُ عَرَضِها) ولا يمنعُه العزلُ عن ذلك نقدًا أو نسيئةً، حتَّى لو نهاه عنِ البيع نسيئةً: لم يعملْ، وإنَّما لم يُمنَعْ عن بيع العَرْض؛ لأنَّ حقَّه ثبتَ في الرِّبح بمقتضى [صحَّةِ](٣) العقد، والرِّبحُ إنَّما يظهرُ بالقسمة، وهي تُبتنى على رأس المالِ بتميُّزه، وهو إنَّما يحصلُ بالبيع.

[٢] **قولُه**: (ولوِ افتَرقا) أي: فسخا عقدَ المضارَبة (لزِمَه) أي: المضارِبَ؛ يعني: أجبرَه الحاكمُ على اقتضاء دَينِه؛ أي: قبضِه ونقدِه، يُقال: اقتضيتُ منه حقِّي: أخذتُه(٤).

---

(١) أي: لو علم بعزله والمال عروضٌ: فله بيع عروضها؛ لأنَّ حقَّه يثبت في الرِّبح. ينظر: «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٣١).

(٢) في (ش٢) و(م٢) زيادة: «له».

(٣) ما بين معكوفتين من «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٦٩).

(٤) كذا في تاج الشَّريعة: (٢/ ٩٥) (مِنهُ).

لأنَّه إن كان ربحَ: فهو يعملُ بالأُجرةِ[1][1]، وإن لم يكن ربحَ: فهو متبرِّعٌ[2] في العمل (ويوَكِّلُ المالِكَ به) أي: إن لم يكُن ربحَ: فالمضارِبُ بعدَ الافتراق يوكِّلُ المالكَ بالاقتضاء، فإنَّ المشتريَ لا يدفعُ الثَّمنَ إلى ربِّ المال؛ لأنَّ الحقوقَ[2] ترجعُ إلى الوكيل، فلا بدَّ من توكيل المضارِبِ[3] المالكَ.

(وكذا سائرُ الوُكَلاءِ) أي: إنِ امتنعَ سائرُ الوُكلاءِ عنِ الاقتضاء: يوكِّلون المُلَّاك[3].

(والبَيَّاعُ والسِّمسارُ يُجبَرانِ عليه) المرادُ بـ«البيَّاع»: الدَّلَّال، فإنَّه يعملُ بالأجرة، و«السِّمسار»: هو الذي يُجلَبُ إليه الحنطةُ ونحوُها لبيعها، فهو يعملُ

[1] قولُه: (يعملُ بالأُجرةِ) وهي الرِّبح.

[2] قولُه: (فهوَ متبرِّعٌ)؛ لأنَّه وكيلٌ محضٌ، والمتبرِّعُ لا يُجبَرُ على إيفاء[4] ما يتبرَّعُ به، ولهذا لا يُجبَرُ الواهبُ على التَّسليم.

فإن قيل: رَدُّ رأسِ المالِ على الوجه الذي قبضَه واجبٌ عليه، وذلك لا يتمُّ إلَّا بالقبض، وما لا يتمُّ الواجبُ إلَّا به: فهو واجبٌ.

أُجيب: بأنَّا لا نسلِّمُ أنَّ الرَّدَّ واجبٌ، وإنَّما الواجبُ عليه رفعُ يدِه كالمودَع.

[3] قولُه: (فلا بدَّ من توكيلِ المضارِب)؛ لأنَّ حقوقَ العقدِ ترجعُ إليه، فإن لم يوكِّل: يضيعُ حقُّ ربِّ المال[5].

(1) في (ش٣): «بالأمر».

(2) في (ش٤) زيادة: «العقد».

(3) في (ش١) «المالك».

(4) في (ح١) و(ح٢) و(ح٤): «إيقاء».

(5) لأنَّ الأجير إذا وصل إليه أجره: أجبره على إتمام عمله، كذا في «الأكمليَّة»: (٨/ ٤٧٠) (مِنهُ).

بالأُجرة أيضًا، فيُجبَرانِ على تقاضي الثَّمن[١].

[هَلاك بعضِ مالِ المُضاربة أو كلِّه]

(وما هَلَكَ: صُرِفَ إلى الرِّبحِ أوَّلًا(١)[٢]، فإن زادَ على الرِّبحِ: لم يَضمَنِ(٢) المُضارِبُ)؛ لأنَّه أمينٌ.

(فإن قُسِمَ الرِّبحُ، وفُسِخَ عَقدُها، ثمَّ عُقِدَت، فهَلَكَ المالُ كُلُّهُ(٣) أو بَعضُهُ: لم يَترادَّا الرِّبحَ) أي: فُسِخَ العقد.

والمالُ في يد المضارِب، ثمَّ عقَدا، فهلكَ المالُ (وإنْ لم يُفسَخْ، ثُمَّ هَلَكَ: تَرادَّا، وأخَذَ المالِكُ مالَهُ، وما فَضَلَ قُسِمَ، وما نَقَصَ لم(٤) يَضمَنهُ المُضارِبُ).

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (على تقاضي الثَّمن(٥)) أي: طلبِ الثَّمنِ منَ المشتري؛ للإيصال إلى البائعِ بعد قبضهما أجرةَ عملِهما.

[٢] **قولُه**: (صُرِفَ إلى الرِّبحِ أوَّلًا)؛ لأنَّ الرِّبحَ لا يتبيَّنُ قبل وصول رأسِ المالِ إلى ربِّ المال.

---

(١) أي: ما هلك من مال المضاربة صرف إلى الرِّبح أوَّلًا دون رأس المال؛ لأنَّه تابعٌ، ورأس المال أصلٌ. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٨٤).

(٢) في (م٢): «لم يضمنه».

(٣) «كله»: سقط من (م٢)

(٤) في (ش١) و(ش٢): «لا».

(٥) سقط من (ح٥).

[فصلٌ فيما يفعلُه المُضارِب]

(ونَفَقَةُ مُضارِبٍ عَمِلَ في مِصرِهِ: في مالِهِ كدَوائِهِ) «نفقةُ المضاربِ»: مبتدأٌ، و«في ماله»: خبرُه، وإن مرضَ المضاربُ سواءٌ كان في المصر، أو في السَّفر: فإنَّ الدَّواءَ من(١) ماله.

وعن أبي حنيفة: الدَّواءُ بمنزلة النَّفقة[١].

(وفي سَفَرِهِ[٢] طَعامُهُ، وشَرابُهُ، وكِسوَتُهُ، وأُجرَةُ خادِمِهِ، وغَسْلُ ثيابِهِ،

---

[١] قولُه: (بمنزلةِ النَّفقةِ) يعني: إن مرضَ في السَّفر: كان ثمنُ الدَّواءِ في مال المضارَبةِ على غير ظاهرِ الرِّواية؛ نظرًا إلى أنَّ الدَّواءَ لإصلاح البدن، ولا يتمكَّنُ منَ التِّجارة إلَّا به(٢).

[٢] قولُه: (وفي سَفَرِهِ) وجهُ التَّخصيصِ بالسَّفر ظاهرٌ مذكورٌ في المطوَّلات، والقياسُ أن لا يستوجبَ النَّفقةَ في مال المضارَبة، ولا على ربِّ المال؛ لأنَّه بمنزلة الوكيل، والمستبضِعُ عاملٌ لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير؛ لما شرطَ لنفسه منَ الرِّبح، ولا يستحقُّ أحدُ هؤلاءِ النَّفقةَ في المال الذي يعملُ به، إلَّا أنَّا ترَكْناه فيما إذا سافرَ بالمال لأجل العرف.

وفرَّقنا(٣) بينَه وبينَ المستبضِعِ بأنَّه متبرِّعٌ بعمله لغيره، وبينَ الأجيرِ بأنَّه عاملٌ له ببدلٍ مضمونٍ في ذمَّة المستأجِر، وذلك يحصلُ له بيقينٍ، فلا يتضرَّرُ بالإنفاق من

---

(١) في (ش١) و(ش٢) و(ش٥): «في».

(٢) وجه ظاهر الرِّواية: أنَّ الحاجة إلى النَّفقة معلومةُ الوقوع، وإلى الدَّواء بعارض المرض؛ ولهذا كانت نفقة المرأة على الزَّوج، ودواؤها في مالها، كذا في «الهداية»: (٣/ ٢٠٩) (مِنهُ).

(٣) في (ح٢): «وقد فرَّقنا».

والدَّهنُ[١] في مَوضِعٍ يَحتاجُ إليه[٢]، ورُكوبُهُ كِراءً وشِراءً، وعَلَفُهُ: في مالِها(١) بالمَعروفِ[٣]، وضَمِنَ الفَضلَ) أي: إن أنفقَ زائدًا على المعروف: ضمِنَ الفضلَ (ورَدَّ ما بَقيَ في يَدِهِ بعدَ قُدومِ مِصرِهِ إلى مالِها) أي: ما بقيَ مِنَ الطَّعام ونحوِه.

(وما دونَ سَفَرٍ يَغدو إليهِ[٤] ولا يَبيتُ بأهلِهِ: كالسَّفَرِ(٢)، وإن باتَ: كسوقِ مِصرِهِ.

ذخيرة العقبى

ماله، أمَّا المضارِبُ: فليس له إلَّا الرِّبح، وهو في حيِّز التَّردُّد، وقد يحصلُ وقد لا يحصل، فلو أنفقَ من ماله: يتضرَّرُ به.

[١] قولُه: (والدَّهنُ) - بفتح الدَّال - مصدرُ دَهنَه، من باب نصَر، بمعنى الادِّهان.

[٢] وقولُه: (في موضعٍ يَحتاجُ إليه)؛ كالحجازِ مثلًا، فإنَّه مُعتادٌ فيه.

[٣] قولُه: (بالمَعروفِ) أي: بما عُرِفَ منَ التُّجَّار بحيثُ لا يُعَدُّ مثلُ هذا الإنفاقِ إسرافًا في عرفهم(٣).

[٤] قولُه: (يَغدو إليه(٤)) أي: يروحُ(٥) إليه من أوَّل طلوعِ الفجر، ولا يقدرُ أن

---

(١) أي: من مال المضاربة، فيأخذ المضارب ما أنفق من رأس المال. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٣٥).

(٢) أي: إن كان خروج المضارب دون السَّفر، وهو مسيرة ثلاثة أيَّامٍ ولياليها، فإن كان بحيث يغدو ويذهب إلى ما دونه، ولا يبيت بأهله: فهو في حكم السَّفر. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٣٩٠).

(٣) كذا استُفيد من كلمات الكَمَلَة* (مِنهُ). ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٧٢).

* الكَمَلَة: جمع كاملٍ (مِنهُ).

(٤) وقول المصنِّف: «وما دونَ السَّفر يَغدو» شروعٌ للحدِّ الفاصل بين الحضر والسَّفر؛ ليتفرَّع عليه حال النَّفقة، كذا فُهِمَ من تقرير الأكمل: (٨/ ٤٧٤) (مِنهُ).

(٥) أي: يذهب (مِنهُ).

فإن رَبِحَ أخَذَ رَبُّ المالِ ما أنفَقَ مِن رَأسِ مالِهِ) أي: أخذَ مِنَ الرِّبح ما أنفق المضارِبُ مِن رأس المال، حتَّى يتمَّ رأسُ المال، فإن فضَلَ[١] شيءٌ: قُسِم.

(فإن رابَحَ مَتاعَها: حَسَبَ نَفَقَتَهُ لا نَفَقَةَ نَفسِهِ) أي: إن رابَح، وقال: «قامَ عليَّ بكذا»: يحسُبُ فيه ما أنفقَ على المتاع مِن كراء حَملِه ونحوِ ذلك[٢]، ولا يحسُبُ نفقةَ المضارِب[٣].

(مُضارِبٌ بالنِّصفِ شَرى بألفِها بَزًّا، وباعَهُ بألفَينِ، وشَرى بهما عَبدًا، فضاعا في يَدِهِ: غَرِمَ المُضارِبُ رُبُعَهُما، والمالِكُ الباقيَ، ورُبُعُ العَبدِ للمُضارِبِ، وباقيهِ لها، ورَأسُ المالِ ألفانِ وخَمسُمِئةٍ، ورابَحَ على ألفَينِ فقط) أي: اشترى بألفٍ ثوبًا، وباعَه بألفين، وشرى بألفين عبدًا، ولم يدفَعهما إلى البائع، حتَّى ضاع الألفانِ في يد المضارب: غرِمَ المضارِبُ رُبعَ(١) الألفين؛ لأنَّه مِلكُ المضارِب،

يعودَ إلى منزله(٢) ويبيتَ بأهله، فتعيَّنَ أنَّ خروجَه للمضارَبة، فنفقتُه في مالها.

[١] قولُه: (فإن فَضَلَ... إلخ)؛ لأنَّ رأسَ المالِ أصلٌ، والرِّبحُ مبنيٌّ عليه، فلا يسلَمُ لهما الفرعُ حتَّى يسلَمَ لربِّ المال الأصل؛ لأنَّ الذَّاهبَ بالنَّفقة هالكٌ، والهلاكُ يُصرَفُ إلى الرِّبح، كذا في «التَّبيين»(٣).

[٢] قولُه: (ونحوِ ذلك)؛ كأجرةِ السِّمْسارِ والصَّبَّاغِ والقصَّار.

[٣] قولُه: (نفقةَ المضارِب) أي: التي أنفقَها على نفسه في سفره منَ الطَّعام ونحوِه(٤).

---

(١) «ربع»: سقط من (ش٣).

(٢) زاد في (ح١): «قوله».

(٣) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٧١).

(٤) ممَّا ذكره المصنِّف قُبيلَ هذا بقوله: «وفي سفره طعامه وشرابه... إلخ» (مِنهُ).

والمالكُ ثلاثةَ الأرباع، فإذا دفعَها: يصيرُ رأسُ المالِ ألفينِ وخمسَمئةٍ، لأنَّ ربَّ المالِ دفع أوَّلَا ألفًا، ثمَّ دفع ألفًا وخمسَمئةٍ، فإن باعَه مرابحةً يقول: «قام عليَّ بألفين».

فقولُه: «فقط»؛ أي: لا يقول: «قام عليَّ بألفينِ وخمسِمئةٍ»؛ لأنَّ الشِّراءَ وقعَ بألفَين، فلا يضمُّ الوَضيعةَ[١] التي وقعَت بسبب الهلاكِ في يد المضارِب.

(فلو بيعَ بضِعفِهِما: فحِصَّتُها ثَلاثَةُ آلافٍ، والرِّبحُ منها نِصفُ ألفٍ بينَهُما) أي: إن بيعَ[٢] بأربعة آلافٍ: فثلاثةُ آلافٍ حصَّةُ المضارَبة[٣]، والألفُ ملكُ المضارِبِ

[١] قولُه: (فلا يضمُّ الوَضيعة) أي: الانتقاصَ والانحطاطَ كما مرَّ(١).

[٢] قولُه: (أي: إن بِيعَ) أي: العبد.

[٣] وقولُه: (فثلاثةُ آلافٍ حصَّةُ المضارَبة) مبنيٌّ على أصلٍ، وهو أنَّ ضمانَ ربِّ المالِ للبائع بسبب هلاكِ مالِ المضارَبة: غيرُ مانعٍ لها، فالمضمونُ على المضارَبة، والرِّبحُ بينَهما على ما شرطا، وضمانُ المضارِبِ للبائع بسبب هلاكِه مانعٌ عنها، وتحقيقُه ما كتبناه في الحاشية ههنا أخذًا من كلمات فخرِ الإسلام، فليُنظَرْ فيها(٢).

(١) وذلك لأنَّه دفع في أوَّل عقد المضاربة القائم، دفع للضَّمان ألفًا وخمسمئةٍ، كذا فُهِمَ من «الهداية»: (٣/ ٢٠٩) (مِنهُ).

(٢) حيث قال: ((رجلٌ دفع إلى رجلٍ ألفًا مضاربةً، فاشترى بها بزًّا: فهو مضاربةٌ، فإذا باعه بألفين: ظهرت حصَّة المضارِب، وهي خَمسمئةٌ، فإذا اشترى جاريةً بألفين: وقع ربعها للمضارِب؛ لأنَّ ربع الثَّمن له، وثلاثة أرباعها لربِّ المال، فإذا هلك الثَّمن: صار غُرمُ الرُّبع على المضارِب، وهو خمسمئةٍ، والباقي على ربِّ المال، وإذا غرم المضارِب ربع الثَّمن: ملك ربع الجارية لا محالة، وإذا ملك ربعها: خرج ذلك من المضاربة؛ لأنَّ مبنى المضارَبة على أنَّ المضارِب أمينٌ، فيكون الضَّمان منافيًا لها، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة: لأبطلنا ما غرم؛ لأنَّه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال، فيصير مضاربًا لنفسه، وهو لا يصلح. =

خاصَّةً، ثمَّ ثلاثةُ آلافٍ يدفعُ منها رأسَ المال، وهو ألفانِ وخمسُمئةٍ، بقيَ الرِّبحُ خمسَمِئةٍ، نصفُها لربِّ المال، ونصفُها للمضارِب.

(ولو شَرى مِن رَبِّ المالِ بألفٍ عَبدًا شَراهُ بنِصفِهِ: رابَحَ بنِصفِهِ) فقولُه: «شراه بنصفِه»: صفةٌ للعبد، وضميرُ الفاعلِ في «شراه» يرجعُ إلى ربِّ المال، فالمضاربُ إن باعَه مرابَحةً يقول: «قامَ عليَّ بنصف الألفِ»؛ لأنَّ شِرى المضاربِ من ربِّ المالِ وإن كان جائزًا[١]: ففيه شُبهةُ العدم[٢]، ومبنى المرابَحةِ على الأمانة، فيُعتبَرُ أقلُّ الثَّمنَين[٣].

(ولو شَرى بألفها عَبدًا يَعدِلُ ضِعفَهُ(١)، فقتَلَ رَجُلًا خَطَأً: فرُبُعُ الفِداءِ عليهِ(٢)،

[١] قولُه: (وإن كانَ جائزًا) أي: قضى بجوازه؛ لتغاير المقاصدِ؛ دفعًا للحاجة وإن كان بيعَ مِلكِه بمِلكه.

[٢] قولُه: (شبهةُ العدمِ) أي: عدمِ الجواز؛ لأنَّه لم يزُلْ به عن مِلك ربِّ المالِ عبدٌ كان في مِلكه، ولم يستفدْ به ألفًا لم يكن في مِلكه، والشُّبهةُ ملحَقةٌ بالحقيقة في المرابحة؛ لأنَّ مبناها على الأمانة والاحترازِ عن شبهة الخيانة(٣).

[٣] قولُه: (فيُعتبَرُ أقلَّ الثَّمنَين) وهو خمسُمئةٍ؛ لثبوته من كلِّ وجهٍ.

= ثمَّ لو باع الجارية بأربعة آلافٍ: صار ربع الثَّمن للمضارب خاصَّةً، وذلك ألفٌ، وبقيت ثلاثة آلافٍ، فذلك على المضاربة؛ لأنَّ ضمان ربِّ المال يلائم المضاربة، ولا يضيع ما يضمن؛ بل يُلحَق برأس المال، وإذا كان كذلك: كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمئةٍ، والخمسمئة ربحٌ بينهما نصفين))، انتهى «أكمل»: (٨/ ٤٧٨) (مِنهُ).

(١) أي: قيمته ألفان.

(٢) أي: على المضارب.

(٣) في (ح٥): «الجناية».

وباقيهِ على المالِكِ) أي: إذا امتنَعا[١] مِنَ الدَّفع، واختارا الفداء؛ يعني: أرشَ الجِنايةِ: يَفديانِ بقدر المِلك، والعبدُ رُبعُه للمُضارِب؛ لأنَّ رأسَ المالِ ألفٌ، والعبدَ يُساوي ألفَين (وإذا فَدَيا: خَرَجَ عنها(١)، فيَخدِمُ المُضارِبَ يومًا، والمالِكَ ثَلاثَةَ أيَّامٍ) إنَّما يخرجُ العبدُ مِنَ المضارَبة؛ لأنَّ قضاءَ القاضي[٢] بانقسام الفداءِ يتضمَّنُ انقسامَ العبد[٣]، والمضارَبةُ تنتهي بالقسمة.

(ولو شَرى عَبدًا بألفِها، وهَلَكَ الألفُ قبلَ نَقدِهِ: دَفَعَ رَبُّ المالِ ثَمَنَهُ ثُمَّ وثُمَّ) أي: إذا دفعَ ربُّ المالِ ثمنَه، وهلكَ في يد المضاربِ قبلَ أن يؤدِّيَه إلى البائع، ثُمَّ(٢) يدفعُ ربُّ المالِ إلى المضارِب(٣) ثمنه مرَّةً أخرى، ....

[١] قولُه: (أي: إذا امتنَعا(٤)... إلخ) أي: إن كان الدَّفعُ والفداءُ مفوَّضًا إليهما، فإن دفعاه(٥): بطلَتِ المضارَبةُ بهلاك مالِها، وإنِ اختارَ الفداء.

[٢] قولُه: (لأنَّ قضاءَ القاضي) ولقد أحسنَ حيثُ أظهرَ جوازَ كونِ خروجِ كلٍّ من نصيب المضارِبِ وربِّ المال معلَّلًا بهذه العلَّةِ الواحدة، وقد خصَّها صاحبُ «الهداية»(٦) بنصيب ربِّ المال، وقد علَّلَ نصيبَ المضارِبِ بما سبقَ منه من أنَّ نصيبَ المضارِبِ صار مضمونًا عليه، فلا يكونُ أمانةً، ومالُ المضارَبةِ أمانةٌ.

[٣] قولُه: (يتضمَّنُ انقسامَ العبد)؛ لاستخلاص كلٍّ منهما بالفداء ما يخصُّه.

(١) أي: خرج العبد عن المضاربة، فيبقى بينهما أرباعًا. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٣٨).
(٢) سقط من (ش٤) و(ش٥): «ثم».
(٣) سقط من (ش٣): «إلى المضارب».
(٤) سقط من (ح٥).
(٥) في (ح٥): «دفعا».
(٦) ينظر: «الهداية»: (٣/ ٢١١).

وهكذا إن هلكَ[١] **في يده (وجَميعُ ما دُفِعَ رَأسُ مالِهِ).**

[١] **قولُه:** (وهكذا إن هلكَ)؛ لأنَّ المالَ في يدِه أمانةٌ، وقد هلكَ وبقيَ عليه الثَّمنُ ديناً، وهو عاملٌ لربِّ المال، فيستوجِبُ عليه مثلَ ما وجبَ عليه منَ الدَّين، وبالقبض ثانيًا لا يصيرُ المضارِبُ مستوفيًا؛ لأنَّ الاستيفاءَ إنَّما يكونُ بقبضٍ مضمونٍ، وقبضُ المضارِبِ ليس بمضمونٍ؛ بل هو أمانةٌ، وبينَهما منافاةٌ، فلا يجتمعان، وإذا لم يكن مستوفيًا: كان له أن يرجعَ على ربِّ المالِ مرَّةً بعد أخرى إلى أن يُسقِطَ عنه العُهدةَ بوصول الثَّمنِ إلى البائع، وقد أشارَ إلى دفع توهُّمِ ضياعِ مالِ ربِّ المالِ بكثرة رجوعِ المضارِبِ عليه بقوله: «وجميعُ ما دُفِعَ رأسُ مالِه».

[فصلٌ في الاختلاف بين ربِّ المال والمُضارِب]

(وصُدِّقَ مُضارِبٌ قال: «معي ألفٌ دَفَعتَهُ إليَّ، وألفٌ رَبِحتُ»، لا مالِكٌ قالَ: «الكُلَّ دَفَعتُ») وعند زفرَ وهو القولُ الأوَّلُ لأبي حنيفةَ: القولُ لربِّ المال؛ لأنَّه يُنكِرُ دعوى المضارِبِ الرِّبحَ.

ولنا: أنَّ الاختلافَ في مقدار المقبوض، فالقولُ للقابض مع اليمين[١].

(ولو قالَ مَن معَهُ ألفٌ: «هو مُضارَبَةُ زَيدٍ، وقد رَبِحَ»: صُدِّقَ زَيدٌ إنْ قالَ: «بِضاعَةٌ») أي: صُدِّقَ زيدٌ مع اليمين؛ لأنَّه منكِرٌ دعوى الرِّبح، أو دعوى تقويمِ عملِ المضارِب.

---

[١] **قولُه**(١): (معَ اليمين) ضَمينًا كان كالغاصبُ أو أمينًا كالمودَع؛ لكونه أعرفَ بمقدار المقبوض.

---

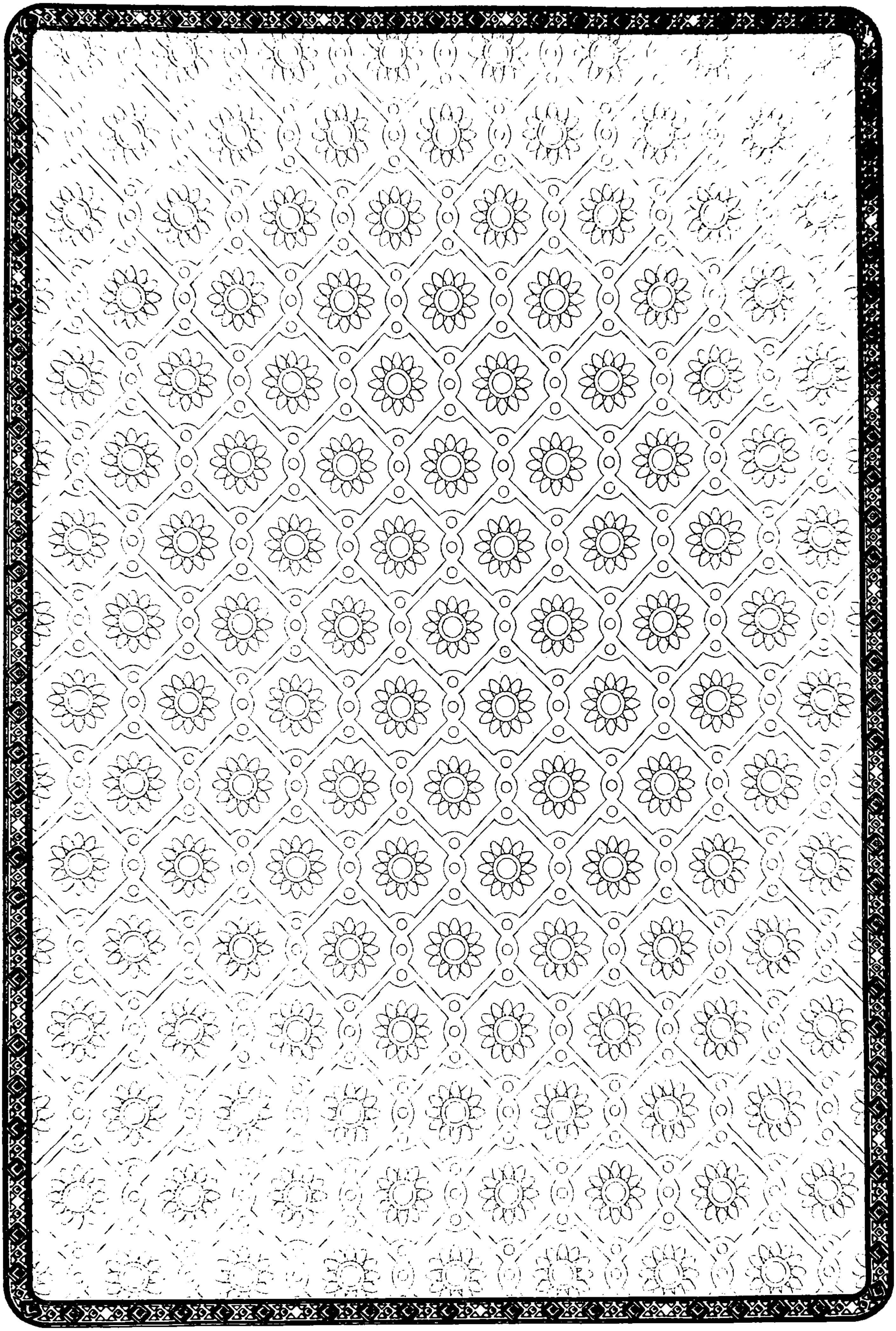
(١) قال المصنف: «وصدِّق مُضاربٌ.. إلخ» شروعًا في بيان فصل الاختلاف بين المضارب وربِّ المال، وهذا الاختلاف يتأتَّى في صورٍ مختلفةٍ.
الأولى: أن يكون في مقدار خروج رأس المال؛ مثل أن يقول المضارب: «دفعت إليَّ ألفًا»، وقال ربُّ المال: «دفعت إليك ألفين».
والثَّانية: أن يكون في مقدار الرِّبح ورأس المال معًا؛ مثل أن يقول ربُّ المال: «رأس المال ألفان، والمشروط ثلث الرِّبح»، وقال المضارب: «رأس المال ألفٌ، والمشروط نصفه».
والثَّالثة: أن يكون في صفة رأس المال؛ كما إذا قال من معه ألفٌ: «هي مضاربةٌ لفلانٍ»، وقال فلانٌ: «هي بضاعةٌ».
الرَّابعة: أن يكون في العموم والخصوص؛ مثل أن يقول أحدهما: «عيَّنت نوعًا»، وأنكره الآخر.
الخامسة: أن يكون في المعنيين، وأكثر هذه الأقسام مذكورٌ في المتن*، فليعيِّنها (مِنهُ).
*وكلُّها مذكورةٌ في «الهداية» وشروحها بأحكامها (مِنهُ). يُنظَر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٧٩).

(كما لو قالَ: «قَرضٌ»، وقال زَيدٌ: «بِضاعَةٌ»، أو: «وَديعَةٌ») أي: صُدِّقَ زيدٌ معَ اليمين؛ لأنَّه يُنكِرُ دعوى التَّملُّك.

(ولو قالَ المالِكُ: «عَيَّنتُ نوعًا»: صُدِّقَ المُضارِبُ إنْ جَحَدَ) أي: معَ اليمين؛ لأنَّ الأصلَ في المضارَبة العموم، بخلاف الوكالة؛ لأنَّ الأصلَ فيه الخصوص.

(ولوِ ادَّعى كُلٌّ نَوعًا: صُدِّقَ المالِكُ) أي: مع اليمين؛ لأنَّ الإذنَ يُستفادُ من جهته.

كِتَابُ الوَدِيعَةِ



كتاب الوديعة[1]

وهي فَعيلةٌ بمعنى المفعول، مشتقَّةٌ منَ الوَدْع، وهو مطلَقُ التَّرك، فهي لغةً: المتروكُ[2] مالًا أو غيرَ مالٍ، وشرعًا: هي مالٌ يُترَكُ عند الأمينِ مسلَّطًا على استحفاظه، وبه يتَّضحُ وجهُ التَّسمية.

وركنُها: قولُ المودِع: «أودعتُكَ هذا المال»، أو ما يقومُ مقامَه منَ الأقوال والأفعال، والقَبولُ منَ المودَع بالقول والفعل، أو بالفعل فقط، فإنَّ مَن وضعَ ثوبَه بينَ يدَي رجلٍ وقال: «هذا وديعةٌ عندك»، أو لم يقلْ شيئًا، وذهبَ صاحبُ الثَّوب، ثمَّ غابَ الآخرُ وتركَ الثَّوبَ ثمَّةَ فضاع: كان ضامنًا؛ لأنَّ هذا إيداعٌ منَ المالك عرفًا، وقَبولٌ منَ المودَع عرفًا، هذا إذا سكت.

وأمَّا إذا ردَّها، فلم يلتفِتْ صاحبُ الثَّوبِ إلى ردِّه، فذهبَ فضاع: لم يضمنْ قطعًا، كذا في «فتاوى قاضيخان»[3].

وشرطُها: كونُ المالِ قابلًا لإثبات اليدِ عليه؛ لأنَّ الإيداعَ تسليطُ الغيرِ على الحفظ، فهو عقدُ استحفاظٍ، وحفظُ الشَّيءِ بدون إثباتِ اليدِ عليه غيرُ متصوَّرٍ،

(١) يقال: أودعت زيدًا، واستودعته إيَّاه؛ إذا دفعتَه إليه ليكون عنده، فأنا مودِعٌ ومستودِعٌ - بكسر الدَّال فيهما -، وزيدٌ مودَعٌ ومستودَعٌ - بالفتح فيهما -، والمال مودَعٌ ووديعةٌ، كذا في «الكافي»: (٨/ ١٦٧) (مِنهُ).

(٢) في بعض النُّسخ: «المتروكة».

(٣) «فتاوى قاضيخان»: (٣/ ٣٦٩).

(هي أمانةٌ[١] تُرِكَت للحِفظِ، فلا يَضمَنُها[٢] المودَعُ ....

ذخيرة العقبى

فإيداعُ الآبقِ والمالِ السَّاقطِ في البحر ونحوهما: غيرُ صحيحٍ، وكونُ المودَعِ مكلَّفًا شرطٌ؛ لوجوب الحفظِ عليه.

وحكمُها: وجوبُ الحفظِ على المودَع، ووجوبُ الأداءِ عند الطَّلب، وصيرورةُ المالِ أمانةً عنده(١).

[١] قولُه: (هي أمانَةٌ) وإنَّما صحَّ الحملُ بينَهما؛ لأنَّهما متغايرانِ مفهومًا وحكمًا، أمَّا الأوَّل: فلأنَّ الوَديعةَ خاصَّةٌ؛ لأنَّ التَّسليطَ(٢) على الحفظ لا يكونُ إلَّا بالعقد، والأمانةُ أعمُّ من ذلك، فإنَّها قد تكونُ بغير عقدٍ، كما إذا هبَّتِ الرِّيحُ في ثوب إنسانٍ، فألقَته في بيت غيرِه، فإنَّه أمانةٌ وليس بوديعةٍ، فحملُ الأمانةِ عليها كحملِ الحيَوانِ على الإنسان.

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّ حكمَ الوَديعةِ أنَّه يبرأُ عنِ الضَّمان بالعود منَ الخلاف إلى الوِفاق، بأن ينزلَ عنِ المركَب المودَعِ الذي ركبَه تعدِّيًا، أو ردَّه إلى يده بعد أن أودعَه عند غيرِه، ولا يبرأُ عنِ الضَّمان إذا عادَ إلى الوِفاق في الأمانة إلَّا بالتَّسليم إلى صاحبها، هذا خلاصةُ ما في «الكفاية» و«العناية» و«البيان»(٣).

[٢] قوله: (فلا يضمَنُ)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا ضمانَ على مؤتمَنٍ**»(٤) ولأنَّ

(١) هذا زبدة ما في «الكافي»: (٨/ ١٦٧)، والزَّيلعيّ: (٥/ ٧٦) (مِنهُ).

(٢) كُتِبَ على هامش (ح٥): فيه كلامٌ، وهو أنَّ الأمانة مبايِنةٌ للوديعة بهذا المعنى، لا أنَّها أعمُّ منها؛ لأنَّ التَّسليط على الحفظ فعلُ المودِع، وهو المعنى، والأمانة عينٌ من الأعيان، فيكونان متبايِنَين، والأَولى أن يقول: والوديعة ما تُترَك عند الأمين. «مجمع الأنهر»: (٢/ ٣٣٨).

(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٤٥٢)، و«العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٥)، و«غاية البيان»: (٦/١٣).

(٤) أخرجه الدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٢٩٦١) من حديث عبد الله بن عمرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

إن هَلَكَت[١]) أي: بلا تعدٍّ منه.

(ولهُ حِفظُها بنفسِهِ وعيالِهِ[٢]، والسُّفورُ بها عندَ عَدَمِ النَّهيِ والخَوفِ(١))

السُّفور: الخروجُ للسَّفر، فالسُّفور[٣]: مصدرٌ، والسَّفر: الحاصلُ بالمصدر،

ذخيرة العقبى

المودَعَ متبرِّعٌ في الحفظ(٢)، وما على المحسنينَ من سبيلٍ.

[١] قولُه: (إن هَلَكَت) وهلاكُها لا يختلفُ بشيءٍ يُمكنُ التَّحرُّزُ عنه أو لا، وبينَ إن هلكَ مالُ غيرِها معَها أو لم يهلِكْ، وقال مالكٌ(٣): إنِ ادَّعى أنَّها سُرِقَت وحدَها: يضمن؛ لمكان التُّهمة، كذا في «التَّبيين»(٤).

[٢] قولُه: (وعيالِهِ) قالوا: المرادُ به: مَن يساكنُه، لا الذي يكونُ في نفقة المودَعِ فقط، فإنَّ المرأةَ إذا أُودِعَ عندها شيءٌ: جازَ لها أن تدفعَ(٥) إلى زوجها، وابنُ المودَعِ الكبيرُ إذا عاش معَه، ولم يكنْ في نفقته، وتركَه الأبُ في بيتٍ فيه وديعةٌ: لم يضمنْ، لكن بشرط أن لا يعلمَ في عياله الخيانة، ولم يُنهَ عنِ الدَّفع إليهم، فإن عَلِمَها أو نُهِيَ عنه وحفظَ بهم: ضمن، هذا حاصلُ ما في «العناية»(٦).

[٣] قولُه: (فالسُّفور) بالضَّمِّ(٧).

---

(١) أي: له أن يسافر بها عند عدم النَّهي والخوف.

(٢) زاد في (ح٥): «وهو محسنٌ».

(٣) ينظر: «الذَّخيرة» للقرافيّ: (٩/ ١٧٣).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٧٧).

(٥) في (ح٢): «تدفعها» المثبت موافقٌ للمصدر.

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٥).

(٧) على وزن الجُلوس، قال في «مختصر الصِّحاح»: (سفر): ((سفر: خرج إلى السَّفر، وبابه: جلس)) (مِنهُ).

فاختارَ المصدر، وإن نُهيَ عنِ السَّفر، أو كان الطَّريقُ مَخوفًا[١]، فسافر، فهلكَ المال: ضَمِن.

(ولو حَفِظَ بغيرِهِم[٢]: ضَمِنَ إلَّا إذا خافَ[٣] الحَرَقَ، أوِ الغَرَقَ، فوَضَعَها عندَ جارِهِ، أو في فُلكٍ(١) آخَرَ.

[١] قولُه: (وكانَ مَخُوفًا) وكذا إذا كان آمنًا وله بدٌّ منَ السَّفر: ضمن، وإن لم يكنْ له بدٌّ وسافرَ بأهله: لا يضمن، وإن سافرَ بنفسه: ضمن؛ لأنَّه أمكنَه تركُها في أهله، ولا فرقَ بينَ السَّفرِ الطَّويلِ والقصير.

[٢] قولُه: (ولو حَفِظَ(٢) بغيرِهِم) بأن تركَ بيتًا فيه الوديعةُ وخرجَ وفيه غيرُ عيالِه، أو أودعَها غيرَهم بأن نقلَها من بيته وأودعَها عند غيرِهم: ضمن؛ لأنَّ المالكَ رضيَ بيده لا بيد غيرِه، والحالُ أنَّ الأيديَ تختلفُ في الأمانة، ولأنَّ الشَّيءَ لا يتضمَّنُ مثلَه كما مرَّ(٣).

[٣] قولُه: (إلَّا إذا خافَ) فحينئذٍ تعيَّنَ الوضعُ المذكورُ طريقًا للحفظ، فيكونُ مَرضيَّ المالك، فينتفي الضَّمان، لكنَّه متَّهَمٌ في دعوى ذلك؛ لادِّعائه ضرورةً مسقطةً للضَّمان بعد تحقُّق السَّبب، وهو التَّسليمُ إلى حِرز الأجنبيِّ، فصار كدَعوى(٤) الإذنِ بالإيداع، فلا بدَّ من إقامة البيِّنة، وقال في «المنتقى»: إذا علمَ احتراقَ بيتِه: قُبِلَ قولُه بلا بيِّنةٍ.

---

(١) أي: سفينةٍ.

(٢) «ولو حفظ»: في (ح٢): «وحفظ».

(٣) أي: في المضاربة، وعرفت هناك ما يرِدُ عليه من النَّقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتَب، فإنَّ لهم ولايةً قبل ما فُعِلَ بهم، وعرفت ثمَّة جوابه أيضًا (مِنهُ).

(٤) زاد في (ح٥): «الأجنبيِّ».

فإن حَبَسَها بعدَ طَلَبِ رَبِّها[١] قادِرًا على التَّسليمِ، أو جَحَدَها معَهُ، ثُمَّ أقَرَّ بها أو لا) أي: جحدَها مع ربِّ الوديعة[٢]: يضمن، سواءٌ أقرَّ بها بعدَ الجحود أو لا[٣].

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (بعدَ طَلَبِ رَبِّها) وإنَّما ضمنَ بالحبس المذكور؛ لأنَّه متعدٍّ؛ لأنَّ المتعدِّيَ هو الذي يفعلُ بالوديعة ما لا يرضى به المودِعِ، فإذا طلبَ: لم يرضَ بعد ذلك بإمساكه وقد حبسَه، فصار ضامنًا.

[٢] قولُه: (معَ ربِّ الوَديعة) وقد لاح لراجي غُفرانِ ربِّه منَ النَّظر في المتن إرجاعُ ضمير «معَه» إلى الطَّلب، ثمَّ وجدتُ استخراجَ بعضِ شرَّاحِ «الوقاية»(١) موافقًا لهذا، والإنصافُ أنَّ هذا أجلى(٢) ممَّا اختارَه الشَّارحُ(٣) وأنفعُ منه، حيثُ أشارَ بقيد الطَّلبِ منه إلى أنَّ مَن أنكرَها عند المالك بلا طلبٍ منه، بأن قال: «ما حالُ وديعتي عندك؟» فقال: «ليس لكَ عندي وديعةٌ»: لم يضمنْ(٤).

وكذا لو طلبَ المالكُ منه الرَّدَّ عند(٥) مَن يخافُ على الوديعة منه فجحدَها: لا يضمن؛ لأنَّ الجحودَ هنا من باب الحفظ، كذا في «التَّبيين»(٦)(٧).

[٣] قولُه: (سواءً أقرَّ... إلخ) وإنَّما لم يبرأْ عنِ الضَّمان إلَّا بالتَّسليم إليه؛ لأنَّ المالكَ لمَّا طالبَه بالرَّدِّ: فقد عزلَه عنِ الحفظ، والعزل فسخٌ من جهة المالك، وإذا

(١) أي: العلاَّمة ابن ملَك: (٣/ ٤٤٤). (٢) في (ح٥): «أحسن».

(٣) فليُنظَر فيها معرَضًا عن التَّقليد (مِنهُ).

(٤) والمفهوم من الشُّروح: أنَّ عدم الضَّمان فيه مذهب علمائنا الثَّلاثة (مِنهُ).

(٥) في (ح٥): «على» المثبت موافق للمصدر.

(٦) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٧٩).

(٧) هذا حكاه صاحب «الخلاصة»: (ق: ٣٥٩) عن نسخة الإمام السَّرَخسيّ، كذا في «العناية»: (٨/ ٤٩٠)، و«الغاية»: (١٣/ ٢٩)، لكن وجه الفرق بين الطَّلب وعدمه يحتاج إلى كشف الغبار، فليُتأمَّل (مِنهُ).

وإنَّما قال: «مع ربِّ الوديعة»؛ لأنَّـه(١) إن جحدَها مع غير المالك[١]: لا يضمَن؛ لأنَّ هذا من باب الحفظ[٢]، وإن جهَّلَ(٢) المودَعُ الوديعةَ عند الموت[٣]: يصيرُ غاصبًا.

(أو خَلَطَ(٣) بمالِهِ حتَّى لا يَتَمَيَّزْ) فإنَّه إنْ خلطَ بخلاف الجنسِ: ينقطعُ حقُّ المالك، ويجبُ الضَّمانُ اتِّفاقًا[٤]، وكذا إن خلطَه بجنسه عند أبي حنيفة،

ذخيرة العقبى

جحدَها المودَعُ بحضرة صاحبِه: حصلَ الفسخُ من جهته أيضًا؛ لأنَّه إنكارٌ منَ الأصل، فتمَّ الفسخ، فبقيَ(٤) الشَّيءُ في يده لا على وجه الأمانة، فصار كقبضِ الغصب، ثمَّ بعد ارتفاع العقدِ لا يبرأُ عنِ الضَّمان بالاعتراف؛ لأنَّ العقدَ لا يعودُ إلَّا بالاستئناف، ولم يوجَدْ(٥)، كذا في «الغاية»(٦) على محاذاة ما في «الهداية».

[١] قولُه: (معَ غيرِ المالِكِ) كأن قال له رجلٌ: «ما حالُ وديعةِ فلانٍ؟» فقال: «ليس له عندي وديعةٌ».

[٢] قولُه: (من بابِ الحفظِ)؛ لأنَّ فيه قطعَ طمعِ الطَّامعين.

[٣] قولُه: (عندَ الموتِ) بأن قال رجلٌ لمَن يظهرُ عليه علاماتُ الموت: «ما شأنُ وديعةِ فلانٍ عندك؟» فقال: «ليس لفلانٍ عندي وديعةٌ».

[٤] قولُه: (ويجبُ الضَّمانُ اتِّفاقًا) كما إذا خُلِطَ المائعُ بغيرِ الجنس؛ كخلطِ دُهنِ

---

(١) في (ش٣): «المودع».

(٢) أي: لو جهل الوديعة عند موته بحيث لا تعرف حالها بأن مات ولم يبيِّن حالها: فالمودع يصير غاصبًا ويضمن. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤١٢).

(٣) أي: المودَع.

(٤) في (ح٥): «فيبقى» والمثبت موافقٌ للمصدر.

(٥) والمفهوم من الشُّروح: أنَّ عدم الضَّمان فيه مذهب العلماء الثَّلاث (مِنهُ).

(٦) «غاية البيان»: (١٣/ ٣٠).

وكذا عند أبي يوسُف[١]، إلَّا إذا خلطَه بما هو أكثرُ منه، لا بما هو أقلُّ منه(١)، فإنَّه

السِّمسِمِ بزيت الزَّيتون، وذلك لأنَّه استهلاكٌ صورةً وهو ظاهرٌ، ومعنًى؛ لتعذُّر القسمةِ باعتبار اختلافِ الجنس؛ لأنَّ حقيقةَ القسمةِ بالإفراز، وذلك إنَّما يكونُ عند اتِّحادِ الجنس.

[١] **قولُه**: (وكذا عند أبي يوسُف) إنَّما غيَّر الأسلوبَ معَ اتِّحادِ رأيِهما؛ إشارةً إلى أنَّ في رأيه تفصيلًا ليس في مذهب الأعظمِ كما صرَّحَ به بقوله: «إلَّا إذا خلط... إلخ»(٢).

---

(١) قوله: «لا بما هو أقل منه» في (ش٥) «يجعل الأقل تابعا للأكثر لا بما هو».

(٢) اعلم أنَّ الخلط على أربعة أوجهٍ:

خلطٌ بطريق المجاورة مع تيسير التَّميز؛ كخلط الدَّراهم البيض بالسُّود، والدَّراهم بالدَّنانير، والجوز باللَّوز، فإنَّه لا يقطع حقَّ المالك بالإجماع.

وخلطٌ بطريق المجاورة مع تعسُّر التَّمييز؛ كخلط الحنطة بالشَّعير، فذلك يقطع حقَّ المالك، ويوجب الضَّمان؛ لأنَّه لا يصل المالك إلى عين ملكه إلَّا بحرَجٍ، والمتعسِّر كالمتعذِّر، وقيل: لا ينقطع حقُّ المالك عن المخلوط بالإجماع هنا، ويكون له الخيار، وقيل: القياس أن يصير المخلوط ملكًا له عند الأعظم، وفي الاستحسان: لا يصير.

وخلط الجنس بغير الجنس ممازجةً؛ كخلط الخلِّ بالزَّيت وكلِّ مائعٍ بخلاف جنسه، فإنَّه يوجب انقطاع حقِّ المالك إلى الضَّمان بالإجماع؛ لأنَّه استهلاكٌ حقيقةً وحكمًا؛ لتعذُّر القسمة باختلاف الجنس.

وخلط الجنس بالجنس ممازجةً ومجاورةً؛ كخلط دهن اللَّوز بدهن اللَّوز، أو دهن الجوز بدهن الجوز، أو اللَّبن باللَّبن ونحوها، فعند الأعظم: هو استهلاكٌ مطلَقٌ لا سبيلَ لصاحبه إلَّا تضمين المودَع، وصار المخلوط ملكًا للخالط، وعندهما: لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط؛ بل له الخيار، إن شاء: ضمَّن الخالط مثله، وإن شاء: شاركه في المخلوط، كذا في «الكوسجيَّة»: (ق: ٢٦٢) أخذًا من شروح «الهداية»، والزَّيلعيّ: (٥/ ٧٨) (مِنهُ). ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٨).

لا ينقطعُ حقُّ المالك(١)، بل تثبتُ الشَّركة[١].

وعند محمَّدٍ: لا ينقطعُ حقُّ المالك(٢)، بل تثبتُ الشَّركة، سواءٌ كان أقلَّ أو أكثر[٢].

(أو تَعَدَّى المودَعُ(٣)، فلَبِسَ ثَوبَها، أو رَكِبَ دابَّتَها، أو أنفَقَ بَعضَها،

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (بل يُثبتُ الشَّركة) مخالفٌ لِما في «الهداية» و«شروحِها»(٤)، حيثُ قيل: ((وعند أبي يوسف: يُجعَلُ الأقلُّ تابعًا للأكثر، فيكونُ المخلوطُ لصاحب الكثير، ويضمنُ لصاحب القليلِ اعتبارًا للغالب أجزاءً))، فيلزمُ حينئذٍ انقطاعُ حقِّ صاحبِ القليلِ من جميع المالَينِ اللَّذَينِ خُلِطَ أحدُهما بالآخر، سواءٌ كان مودَعًا أو مودِعًا، فلا مجالَ لتصوُّر الشَّركةِ على رأي المنتمينَ إلى «الهداية»، اللَّهمَّ إلَّا أن يُقال: إنَّ ما اختارَه الشَّارحُ النِّحريرُ روايةٌ مخالفةٌ لكلمات هؤلاءِ الكَمَلة، فإن وُجِدَت ثم اندمست(٥)، وإلَّا: فالإشكالُ باقٍ على شكله.

[٢] قولُه: (سواءٌ كانَ أقلَّ أو أكثر)؛ لأنَّ الجنسَ لا يغلبُ الجنسَ عنده؛ لما مرَّ في الرَّضاع من أنَّه إذا جُمِعَ بينَ لبنِ امرأتَينِ في قَدَحٍ، وصُبَّ في حلق رضيعٍ: ثبت الرَّضاعُ منهما جميعًا عند محمَّدٍ، كذا في «الأكمليَّة»(٦).

---

(١) قوله: «منه، فإنه لا ينقطع حق المالك»: سقط من (ش٢) و(ش٣).

(٢) قوله: «ينقطع حق المالك»: سقط من (ش٣) و(ش٤).

(٣) «المودع»: سقط من (ش١) و(م٢).

(٤) ينظر: «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٨).

(٥) في (ح٢) و(ح٣): «ثم الدست»، وفي (ح٥): «تم الدست». والمثبت من (ح٤).
وفي «الصِّحاح»: (دمس): ((دمست عليه الخبر دمسًا: كتمته ألبتَّة)).

(٦) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٨).

ثمَّ خَلَطَ مِثلَهُ[١] بما بَقِيَ، أو حَفِظَ في دارٍ أُمِرَ بهِ، وفي(١) غيرِها: ضَمِنَ) أي: حفظَ في دارٍ أُمِرَ المودَعُ بالحفظ في غيرها[٢]، فقولُه: «ضمِنَ» جزاءُ الشَّرط، وهو قولُه: «فإن حبَسَها... إلخ».

(وإنِ اختَلَطَت بلا فِعلِهِ[٣]: اشتَرَكا، ولو زالَ التَّعدِّي: زالَ ضَمانُهُ) كما إذا وضعَها في دارٍ أُخرَ، ثمَّ ردَّها[٤] إلى دارٍ أمرَ المالكُ بالحفظ فيها: زال الضَّمان؛ أي: إن كانتِ الوديعةُ بحيثُ لو هلكَت: لكانت مضمونةً، فزالَ هذا المعنى.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ثمَّ خَلَطَ مِثلَهُ) وإنَّما ضمنَ الجميع؛ لأنَّه استهلكَ بعضَه بإنفاقه، وبعضَه بخلطه بماله من جنسه.

فإن قيل: لِمَ لا يجوزُ أن يكونَ هذا الخلطُ قضاءً لدينه الذي لزمَه منَ الإنفاق؟

قلنا: لعدم جوازِ أداءِ الدَّينِ بغيبة الدَّائن، هذا زبدةُ ما في «العناية»(٢).

[٢] قولُه: (بالحفظِ(٣) في غيرِها)؛ لأنَّ الدَّارَينِ تختلفانِ في الأمن والحفظ، فصحَّ الشَّرط؛ لأنَّه مفيدٌ(٤) فيُعتبَر.

[٣] قولُه: (بلا فِعلِهِ) كما لوِ انشقَّ الكيسانِ فاختلطا: اشتركا؛ أي: صارا شريكَين.

[٤] قولُه: (ثمَّ ردَّها) هذا هو المعنى الذي عبَّر عنه الفقهاءُ بالعود منَ الخلاف إلى الوِفاق.

فإن قيل: ما الفرقُ بينَه وبينَ العَود منَ الجحود إلى الاعتراف، حيثُ زال الضَّمانُ مهنا دونَ هناك معَ أنَّ الأمرَ باقٍ وقتَ التَّعدِّي؟ فيكونُ مأمورًا بدوام الحفظ، فما هذا

---

(١) في (م٢): «في».
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٩).
(٣) في (ح٢): «بالخلط».
(٤) في (ح٢) و(ح٥): «مقيَّدٌ».

وإنَّما قلنا بهذا؛ لأنَّ زوالَ الضَّمانِ حقيقةً غيرُ ممكنٍ؛ لأنَّ حقيقةَ زوالِ الضَّمانِ بعدَ الهلاكِ، وبعدَ الهلاكِ لا يُمكنُ إزالةُ التَّعدِّي.

وعند الشَّافعيِّ: إنَّ بإزالة التَّعدِّي لا يزولُ الضَّمان(١).

(ولا يَدفَعُ إلى أَحَدِ المودِعَينِ قِسطَهُ بغَيبَةِ الآخَرِ(٢)) أمَّا إذا كانت الوديعةُ غيرَ المَكيلِ والموزونِ[١]: فبالاتِّفاق، وإن كانت مِنَ المكيل والموزونِ: فكذا عند

ذخيرة العقبى

شأنُه: فالمخالفةُ فيه ردٌّ للأمر مِنَ الأصل كالجحود، فينبغي أن لا يبرأَ مِنَ الضَّمان برفع المخالفة وإزالةِ التَّعدِّي ههنا أيضًا كما في الاعتراف بعده.

قلنا: لا نُسلِّمُ أنَّ المخالفةَ فيه ردٌّ له منَ الأصل؛ لأنَّ بطلانَ الشَّيءِ إنَّما يكونُ بما هو موضوعٌ لإبطاله، أو بما يُنافيه، والمخالفةُ بالاستعمال ليست بموضوعةٍ لإبطال الإيداع، فلا يُنافيه.

ألا يُرى أنَّ الأمرَ بالحفظِ معَ الاستعمالِ صحيحٌ ابتداءً، بأن يقولَ للغاصب: «أودعتُك» وهو مستعمِلٌ، بخلاف الجحود، فإنَّه قولٌ موضوعٌ للرَّدِّ، فيجوزُ أن يكونَ ردُّ القولِ مثلَه؟

ألا يُرى أنَّ الجحودَ في أوامر الشَّرعِ ردٌّ لها يكفرُ به، والمخالفةَ بترك صلاةٍ أو صومٍ مأمورٍ به ليست بردٍّ، ولهذا لا يكفرُ بها؟ كذا استُفيدَ من تقرير الأكمل(٣).

[١] قولُه: (غيرُ المَكيلِ والموزونِ)؛ كالثِّيابِ والدَّوابِّ والعبيد؛ أي: لا يُجبرُ

---

(١) ينظر: «التنبيه»: (ص ١١١).

(٢) أي: إذا أودع رجلان عند رجلٍ وديعةً، فحضر أحدهما وطلب نصيبه: لم يدفع إليه حتَّى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، ولو فعل: ضمن. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٤٦).

(٣) «العناية شرح الهداية»: (٨/ ٤٨٩).

أبي حنيفةَ خلافًا لهما[١]؛ لأنَّه ليس[٢] للمودَع ولايةُ القسمة.

(ولأحَدِ المودَعَينِ دَفعُها إلى الآخَرِ فيما لا يُقسَمُ، ودَفعُ نِصفِها فقط فيما يُقسَمُ) أي: إذا كانتِ الوديعةُ عند رجلَين، وهي ممَّا لا يُقسَمُ[٣]: يحفظُها أحدُهما بإذن الآخَر.

ذخيرة العقبى

المودَعُ على دفع نصيبِ الحاضرِ منهما، وحكايةُ الحمَّاميِّ في المسألة مشهورة(١).

[١] قولُه: (خلافًا لهما) وجهُ قولِهما: أنَّه مطالَبة(٢) بتسليم ما سُلِّمَ إليه وهو النِّصف، ومَن طالبَ ما سلَّمَ: لم يُمنَعْ عنه، ولهذا كان له أن يأخذَه إذا ظفِرَ به وإن كان في يد المودَع.

[٢] قولُه: (لأنَّهُ ليسَ) دليلٌ للأعظم؛ يعني: لا نُسلِّمُ أنَّه طالبَه بتسليم نصيبِه؛ بل يدفعُ نصيبَ الغائب؛ لأنَّه يُطالبُه بالمفرَز، وحقُّه ليس فيه؛ لأنَّ المفرَزَ المعيَّنَ يشتملُ على الحقَّين، ولا يتميَّزُ حقُّه إلَّا بالقسمة، وليس له ولايتُها؛ لأنَّه ليس بوكيلٍ في ذلك، ولهذا لا يقعُ دفعُه قسمةً بالإجماع، وجوازُ الأخذِ لا يستلزمُ أن يُجبرَ المودَعُ على الدَّفع؛ إذِ الجبرُ ليس من ضرورات الجواز.

[٣] قولُه: (وهيَ ممَّا لا يُقسَمُ): وهو ما يتعيَّبُ بالتَّفريق الحسِّيِّ؛ كالعبدِ ونحوِه، وبهِ يُعرَفُ أنَّ ما يُقسَمُ: ما لا يُتعيَّبُ به؛ كالمكيلِ ونحوِه.

---

(١) وهي رجلان دخلا الحمَّام، وأودعا عند الحمَّاميِّ ألفًا، فخرج أحدهما فطلبه فأعطاه، ثمَّ خرج الآخر وطالبه به، فتحيَّر الحمَّاميُّ، فذهب إلى الأعظم، فقال الأعظم: قل له: كلاكما أودعتماني، فلا أعطيك حتَّى يحضرَ صاحبك، فانقطع وترك الحمَّاميَّ، كذا حكاه مفتي الثَّقلين: (٨/ ١٨١) (مِنهُ).

(٢) في (ح٥): «مطالب».

وإن كانت ممَّا يُقسَم: لا يجوزُ لأحدهما أن يدفعَها إلى الآخَر للحفظ، بل يقسمان، فيحفظُ كلُّ واحدٍ نصفَه، وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوزُ الدَّفعُ إلى الآخَر فيما يُقسَم.

(وضَمِنَ دافِعُ الكُلِّ لا قابِضُهُ) أي: إذا دفع الكلَّ إلى الآخَر فيما يُقسَمُ: يضمَنُ الدَّافعُ النِّصفَ، ولا يضمنُ القابض[١]؛ لأنَّ مودَعَ المودَعِ لا يضمنُ عنده.

(ولو نُهيَ عنِ الدَّفعِ إلى عيالِهِ، فدَفَعَ إلى مَن لهُ منهُ بُدٌّ[٢]: ضَمِنَ، وإلى مَن لا

---

[١] **قولُه**: (ولا يضمنُ القابضُ) أي: باتِّفاق أئمَّتِنا، أمَّا عندهما: فلِما قالاه في الدَّفع مِن أنَّ المالكَ جُعِلَ راضيًا بمُهايَأتهما(١) في حفظ جميعِ الوديعة؛ لعلمه أنَّ اجتماعَهما في مكانٍ واحدٍ للحفظ: متعذِّرٌ، كما جُعِلَ راضيًا باقتسامها لهذا المعنى، فلا يضمنُ بالدَّفع.

وأمَّا عنده: فلِما سيذكرُه الشَّارحُ بقوله: «وفرَّقَ أبو حنيفة...».

لا يُقال: المتبادَرُ من قيد «عنده»: أن يكونَ لهما خلافٌ في الضَّمان.

لأنَّا نقول: معناه أنَّ الضَّمانَ فيه لا يُتوهَّمُ إلَّا عنده، حيثُ قال به في الدَّافع، وأمَّا عندهما: فلمَّا لم يقولا به في الدَّافع الذي هو مظنَّةُ تهمةِ التَّعدِّي: فكيف يقولانِ به في القابض؟

[٢] **قولُه**: (بُدٌّ) وهو - بضمِّ الباءِ والدَّالِ المشدَّدة -: الفِراقُ والانفكاك، كذا فُهِمَ منَ «الصِّحاح»(٢).

---

(١) أي: بمناوبتهما، ومنه: تهايآها؛ أي: تناوبا، فأمسك هذا يومًا والآخر يومًا، كذا في «البيانيَّة» في كتاب الرَّهن (مِنهُ).

(٢) حيث قيل فيه (بدد): ((وقولهم: لا بدَّ من كذا، كأنَّه قال: لا فراق)) (مِنهُ).

بُدَّ لهُ منهُ؛ كدَفعِ الدَّابَّةِ[١] إلى عَبدِهِ، وشَيءٍ تَحفَظُهُ النِّساءُ إلى عِرسِهِ: لا(١)، كما لو أُمِرَ بحِفظِها في بَيتٍ مُعَيَّنٍ مِن دارٍ، فحَفِظَ في آخَرَ منها)؛ لأنَّ بيوتَ دارٍ واحدةٍ لا تتفاوت، فلا فائدةَ في التَّعيين، بخلاف الدَّار؛ لأنَّ الدَّارَينِ تتفاوتان(٢) (فإنْ كانَ لهُ خَلَلٌ ظاهِرٌ: ضَمِنَ) أي: إذا كانت للبيت الذي حفِظَها فيه خللٌ ظاهرٌ، وقد عيَّنَ بيتًا آخَرَ من هذه الدَّار: ضمن.

(ولو أودَعَ المودَعُ، فهَلَكَت: ضَمِنَ الأوَّلُ فقط(٣)) هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: يُضَمِّنُ أيًّا شاء[٢]، وإن ضمَّنَ الآخرَ: رجع على الأوَّل.

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (كدَفعِ الدَّابَّة) والأصلُ فيه: أنَّ الشَّرطَ إذا كان مفيدًا(٤)، والعملُ به ممكنًا: وجبَ مراعاتُه، والمخالفةُ فيه توجبُ الضَّمان، وإن لم يكنْ مفيدًا، أو لم يُمكنِ العملُ به كما فيما نحن فيه: يلغو.

[٢] قولُه: (أيًّا شاء) يعني: للمالك أن يضمنَ للثَّاني أيضًا؛ لأنَّه قبضَ من ضَمينٍ؛ لأنَّ المالكَ لم يرضَ بغيره، فكان الأوَّلُ متعدِّيًا بالتَّسليم إلى الثَّاني، والثَّاني قد قبضَ منه، والقابضُ منَ الضَّمين ضَمينٌ؛ كمودَعِ الغاصب، إلَّا أنَّه إن ضمَّنَ(٥) الأوَّل: لم يرجعْ على الثَّاني؛ لأنَّه ملكَه بالضَّمان، فظهرَ أنَّه أودعَ مِلكَ نفسِه، وقد أشارَ الشَّارحُ(٦) إلى عدم جوازِ هذا الرُّجوعِ بتخصيص جوازِ الرُّجوعِ بعكسه، بناءً على أنَّ

---

(١) أي: لا يضمن.

(٢) في (ش١): «متفاوتتان»، وفي (ش٣): «متفاوتان» وفي (ش٥) «يتفاوتان».

(٣) أي: لو أودعها المُودَع رجلًا من غير عياله، فهلكت: ضمن الأوَّل دون الثَّاني عند أبي حنيفة. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٤٩).

(٤) في(ح٢): «مقيَّداً»، وكذا في الموضع الآتي.

(٥) في(ح٥): «ضمين».

(٦) في (ح٥): «الشَّارع».

(ولو أودَعَ الغاصِبُ: ضَمَّنَ أيًا شاءَ(١)) هذا بالاتِّفاق، فهما قاسا مودَعَ المودَعِ على مودَع الغاصب، فإنَّ المودَعَ إذا دفع إلى الأجنبيِّ[١]: صار غاصبًا، وفرَّقَ أبو حنيفةَ بأنَّ المودَعَ إذا دفع إلى الغير: لا يضمنُ ما لم يُفارِقه، فإذا فارقَ: ترَكَ الحفظ، فيضمَن، ولا يضمَنُ الآخر؛ لأنَّه صار مودَعًا حيثُ غاب الآخَر، ولا صُنعَ له في ذلك؛ كثوبٍ ألقَته الرِّيحُ في حِجرِ إنسانٍ[٢].

(ولوِ ادَّعى كُلٌّ مِن رَجُلَينِ ألفًا معَ ثالِثٍ أنَّهُ لهُ أودَعَهُ إيَّاهُ، فنكَلَ لهُما: فهذا وألفٌ آخَرُ عليهِ لهُما) ادَّعى زيدٌ على عمرٍو أنَّ هذا الألفَ الذي في يدِك لي أودَعتُه إيَّاك، وادَّعى بكرٌ على عمرٍو كذلك، ولا بيِّنةَ لأحدٍ، وعمرٌو منكرٌ:

الثَّانيَ عاملٌ للأوَّل، فيرجعُ عليه بما لحقَه(٢) منَ العُهدة.

[١] قولُه: (إذا دفعَ إلى الأجنبيِّ) احترازٌ عن دفعه إلى مودَعٍ آخَرَ مثلِه، فإنَّه حينئذٍ لم يضمنْ عندهما وإن كان فيما يُقسَمُ كما مرَّ(٣).

[٢] قولُه: (في حِجرِ إنسانٍ) وهو - بكسر الحاءِ والجيم، وبفتح الجيمِ أيضًا -: حِضْنُه(٤)، وهو ما دونَ إبْطِه إلى الكَشْحِ(٥)، كذا فُهِمَ منَ «المُغرب»، و«مختصرِ الصِّحاح»(٦).

---

(١) أي: لو أودع الغاصب المغصوب عند غيره: ضمَّن المغصوب منه أيًّا شاء من الغاصب ومودَعه. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٢٢).

(٢) في (ح٥): «يلحقه».

(٣) بناءً على أنَّ كلًّا منهما أمينٌ مودَعٌ للمودِعِ الأوَّل، ولا يتأتَّى ذلك في الأجنبيِّ (مِنهُ).

(٤) بكسر الحاء المهملة، وسكون الضَّاد المعجمة (مِنهُ).

(٥) هو: الخصر.

(٦) «المغرب»: (ح ض ن)، «مختار «الصِّحاح»: (ح ض ن).

فالقاضي يُحلِّفُه لكلِّ واحدٍ على الانفراد، ويبدأُ بأيِّهما شاء، فإن تشاحَّا: أقرَعَ[١] بينهما.

وإن نكلَ لأحدهما: يُحَلَّفُ للآخر[٢]، وإن نكلَ له أيضًا: فهذا الألفُ مع ألفٍ آخرَ عليه يكونُ لهما؛ لأنَّه أوجبَ الحقَّ لكلِّ واحدٍ(١) منهما، سواءٌ(٢) بالبذل(٣)، أو بالإقرار، وذلك حُجَّةٌ في حقِّه، ويُصرَفُ الألفُ إليهما، صار قاضيًا نصفَ حقِّ كلٍّ منهما بنصف حقِّ الآخَر، فيغرَمُه.

واعلم أنَّ النُّكولَ هنا يُفارِقُ الإقرار، فإنَّه إذا أقرَّ لأحدهما: يُقضى له، ولا يُحلَّفُ للآخر؛ لأنَّ الإقرارَ حُجَّةٌ بنفسه، والنُّكولَ إنَّما يصيرُ حُجَّةً بقضاء القاضي، فجاز تأخيرُ القضاءِ ليُحلَّفَ للثَّاني، حتَّى إذا نكلَ لأحدهما: وقضى القاضي به: فعلى رواية فخرِ الإسلامِ البَزدَويِّ: يحلَّفُ للثَّاني، فإن نكَلَ: يقضي بينهما؛ لأنَّ القضاءَ للأوَّل لا يُبطِلُ حقَّ الثَّاني.

---

[١] قولُه: (فإن تشاحَّا: أقرَعَ) - بالحاء المهمَلة -؛ أي: تضايقا وتنازعا في البدء بالحلِف: حكمَ القاضي بالقُرعة؛ اجتنابًا عن تهمة المَيل، كذا في «البيانيَّة»(٤).

[٢] قولُه: (يُحلِّفُهُ للآخَر) أي: لا يقضي للأوَّل بالنُّكول له قبل التَّحليف للثَّاني؛ لأنَّه ربَّما يقول: «إنَّما نكَلَ لكَ لأنَّكَ بدأتَ بالاستحلاف»، فلا تنقطعُ الخصومةُ بينَهما، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

---

(١) «واحد»: سقط من (ش٢) و(ش٤).

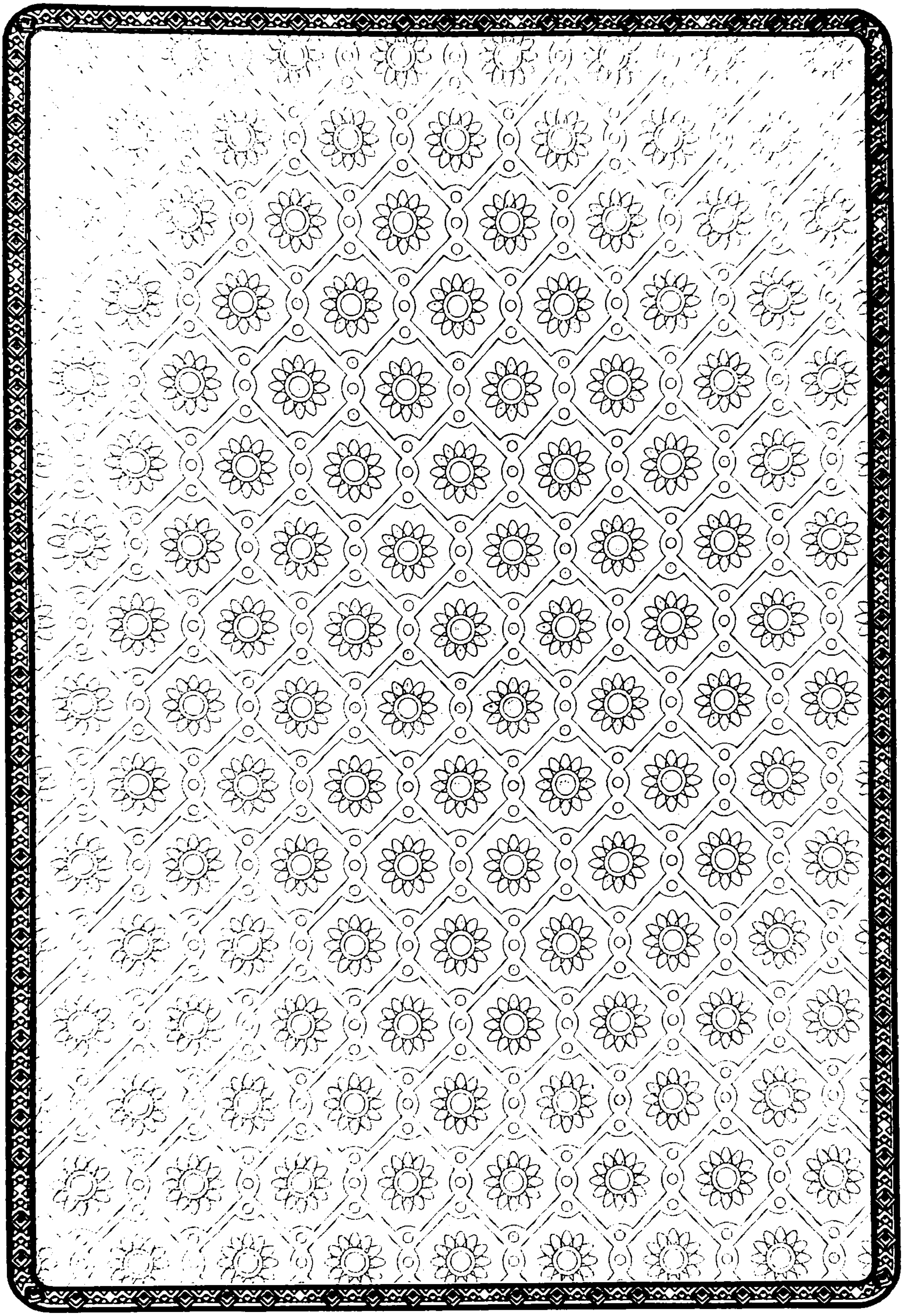
(٢) في (ش٣) زيادة: «بالنكول».

(٣) في (ش١) و(ش٥): «بالبدل».

(٤) «غاية البيان»: (١٣/ ٥٦).

وعلى رواية الخصَّاف: لا يُحلَّفُ للثَّاني؛ لأنَّ القضاءَ وقعَ في مجتهَدٍ فيه؛ لأنَّ بعضَ العلماءِ قال: إذا نكلَ لأحدهما: يُقضى له، ولا يُؤخَّرُ ليُحلَّفَ للثَّاني؛ لأنَّ النُّكولَ كالإقرار، وفي الإقرار لا يؤخَّر، واللهُ أعلم.

كتاب العارية



كتاب العارية

(هي تَمليكُ المَنفَعَةِ بلا بَدَلٍ) فإنَّ اللَّفظَ يُنبئُ عنِ التَّمليك، فإنَّ العريَّةَ: العطيَّة[1]، والمنافعَ قابلةٌ[2] للتَّمليك؛ كالوصيَّةِ بخدمة العبد.

وعند البعض: هي إباحةُ الانتفاعِ بمِلك الغير.

اعلم أنَّ التَّمليكاتِ أربعةُ أنواعٍ[3]:

ذخيرة العقبى

كتاب العارية(١)

وهي بتشديد الياء، كأنَّها منسوبةٌ إلى العار؛ لأنَّ طلبَها عارٌ وعيبٌ، صرَّحَ به صاحبُ «الغاية»(٢) نقلًا منَ الجوهريِّ(٣)، فما ذكرَه المصنِّفُ: هو معناها الشَّرعيُّ.

[١] قولُه: (فإنَّ العريَّةَ: العطيَّة) حتَّى قيل: إنَّ أحدَهما مشتقٌّ منَ الآخر، لكن خُصَّ كلٌّ واحدٍ منهما باسمٍ، فقالوا في تمليك الأعيان: عَرِيَّةٌ، وفي تمليك المنافع: عاريَّةٌ، فدلَّ على أنَّ العاريَّةَ تمليكٌ لا إباحةٌ، كذا في «الغاية»(٤).

[٢] قولُه: (والمنافعَ قابلةٌ) جوابٌ عمَّا قيل: المنافعُ أعراضٌ لا تبقى، فلا تقبلُ التَّمليك.

[٣] قولُه: (التَّمليكاتِ أربعةُ أنواعٍ) أقول: يخرجُ عنها: الصَّدقة، والوصيَّة،

---

(١) قيل: هي مشتقَّةٌ من التَّعاور، وهو التَّناوب، فكأنَّه جعل للغير نوبةً في الانتفاع بملكه إلى أن تعود النَّوبة إليه بالاسترداد متى شاء، كذا في «العناية»: (٩/ ٣) (مِنهُ).

(٢) وهو مولانا قوام الدِّين الأتقانيُّ: (١٣/ ٦٣) (مِنهُ).

(٣) «الصِّحاح»: (عور).

(٤) نقلًا من أبي بكرٍ الرَّازيِّ (مِنهُ). «غاية البيان»: (١٣/ ٦٥).

١- فتمليكُ العينِ بالعوَض: بيعٌ.

٢- وبلا عوضٍ(١): هبةٌ.

٣- وتمليكُ المنفعةِ بعوضٍ: إجارةٌ.

٤- وبلا عوضٍ(٢): عاريةٌ.

[الألفاظُ التي تنعقدُ بها العاريَة]

(وتَصِحُّ[١] بـ: «أعَرتُكَ» و«مَنَحتُكَ») **أصلُ المنح**: أن تُعطيَ ناقةً أو شاةً ليشرَبَ لبنَها، ثمَّ تَرُدَّها، فروعيَ فيه أصلُ الوضع، فحُمِلَ على العارية.

(و«أطعَمتُكَ أرضي(٣)» و«حَمَلتُكَ على دابَّتي(٤)»، و«أخدَمتُكَ عَبدي»، و«داري لك سُكنى») أي: داري لك بطريق السُّكنى، فـ: «داري»: مبتدأٌ، و«لك»:

والقرضُ ظاهرًا، لكنَّ تقريرَ صاحبِ «البيان»(٥) يُشعرُ بدخولها في التَّمليك بلا عوضٍ، فاحتيجَ إلى الفرق بينَها وبينَ الهبةِ بأنَّ الصَّدقةَ والوصيَّةَ إذا وصلتا إلى المستحِقِّ: لا يجوزُ الرُّجوعُ فيهما وإن خلتا عنِ الموانع المذكورةِ في الهبة، وبجواز صدقةِ الواحدِ من اثنَين، لا هبتِه منهما، كذا في «الكفاية»(٦) في آخر كتابِ الهبة.

[١] **قولُه**: (ويصحُّ) شروعٌ في بيان الألفاظِ التي تنعقدُ بها العاريَّة.

---

(١) أي: مع تمليك العين.

(٢) أي: مع تمليك المنفعة.

(٣) المراد منه: إطعام ما يخرج منها.

(٤) يُراد من الحمل: الإعارة. «شرح ابن ملَكٍ»: (٣/ ٤٥٢).

(٥) ينظر: «غاية البيان»: (١٣/ ٦٦).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٥١٥).

خبرُه، و«سُكنى»[١]: تمييزٌ عنِ النِّسبة إلى المخاطَب (وعُمرى سُكنى)(١) أي: داري لك عُمرى سُكنى، فـ: «عُمرى»: مفعولٌ مطلقٌ لفعلٍ محذوفٍ تقديرُه: أعمرتُها لك عُمرى، والعُمرى: جعلُ الدَّارِ لأحدٍ مدَّةَ عمُرِه، و«سُكنى»: تمييزٌ.

[ضمانُ العاريَة]

(ويَرجِعُ المُعيرُ فيها(٢) متى شاءَ[٢]، ولا يَضمَنُ بلا تَعَدٍّ[٣] إن هَلَكَت) هذا عندنا.

[١] قولُه: (وسُكنى) ميَّزه لأنَّ قولَه: «لك»: يحتملُ تمليكَ المنفعةِ وتمليكَ العينِ، فإذا ميَّزَه: تعيَّنَتِ المنفعة(٣).

[٢] قولُه: (متى شاءَ)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المنحةُ مردودةٌ، والعاريَةُ مؤدَّاةٌ»(٤)، ولأنَّ المنافعَ تُملَكُ شيئًا فشيئًا على حسَب حدوثِها، فالتَّمليكُ فيما لم يوجَدْ منها لم يتَّصلْ به القبض، فهو لا يُملَكُ إلَّا به، فصحَّ الرُّجوعُ عنه.

[٣] قولُه: (بلا تَعَدٍّ) هذا في العاريَّة المطلَقة، أمَّا إذا شُرِطَ الضَّمانُ فيها معَ عدمِ التَّعدِّي: هل يصحُّ؟ ففيه اختلافُ المِشايخ، كذا في «التُّحفة»(٥).

(١) قوله: «أي داري لك بطريق السكنى... سكنى»: سقط من (ش١).
(٢) أي: في العارية.
(٣) وجه الاستدلال ظاهرٌ، وفيه تعميمٌ بعد التَّخصيص؛ لما عرفت أنَّ المنحة عاريةٌ خاصَّةٌ، وفيه زيادة مبالغةٍ في أنَّ العارية مستحَقَّة الرَّدِّ، كذا في «الأكمليَّة»: (٩/ ٧) (مِنهُ).
(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والتِّرمذيُّ (١٢٦٥) من حديث أبي أمامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وابن ماجه (٢٣٩٩) من حديث أنس بن مالكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
(٥) «تحفة الفقهاء»: (٣/ ١٧٧).

وعند الشَّافعيِّ: العاريَّةُ[١] مضمونةٌ(١).

(ولا تُؤَجَّرُ)؛ لأنَّ الشَّيءَ لا يستتبعُ ما فوقَه (فإن أجَّرَها فعَطِبَت: ضَمَّنَهُ المُعيرُ[٢]، ولا يَرجِعُ على أحَدٍ، أوِ المُستَأجِرَ(٢)) بالنَّصب، عطفٌ على الضَّمير المنصوبِ في «ضمَّنَه».

(ويَرجِعُ على مُؤَجِّرِهِ إن لم يَعلَمْ أنَّه عاريةٌ معَهُ) إن لم يعلَمِ المستأجِرُ أنَّه عاريةٌ مع مؤجِّرِه، وإنَّما يرجعُ عليه للغُرور(٣)، بخلافِ ما إذا علم؛ إذ لا غُرورَ مِنَ المؤجِّر.

وقال في «الخلاصة»: ((رجلٌ قال لآخر: «أعِرْني ثوبَك، فإن ضاعَ: فأنا ضامنٌ»: لا يضمن))، كذا في «الغاية»(٤).

والتَّعدِّي: حملُ الدَّابَّةِ ما لا يحملُه غيرُها، أو استعمالُها استعمالًا لا يُستعمَلُ به مثلُها منَ الدَّوابِّ.

[١] قولُه: (وعند الشَّافعي: العاريَّةُ... إلخ) الخلافُ فيما إذا هلكَت في غير حالةِ الانتفاع، وأمَّا إذا هلكَت فيها: لا يضمنُ بالإجماع، كذا في «الغاية»(٥).

[٢] قولُه: (ضَمَّنَهُ المُعيرُ(٦))؛ لأنَّ إجارتَها إذا كانت باطلةً: كان بالتَّسليم غاصبًا،

---

(١) ينظر: «أسنى المطالب»: (٢/ ٣٢٨).
(٢) أي: المعير بالخيار: إن شاء ضمَّن المؤجِّر، وإن شاء ضمَّن المستأجر. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٥٤).
(٣) في (ش١): «بغرور».
(٤) «خلاصة الفتاوى»: (ق: ٣٦٣)، و«غاية البيان»: (١٣/ ٧٠).
(٥) «غاية البيان»: (١٣/ ٧٠).
(٦) سقط من (ح٢) و(ح٣) و(ح٥).

[هل تُعار العاريَة؟]

(ويُعارُ ما اختَلَفَ استِعمالُهُ أو لا إن لم يُعيِّن مُنتَفِعًا، وما لا يَختَلِفُ إن عَيَّنَ) أي: إن أعار شيئًا، ولم يُعيِّن مَن ينتفعُ به: فللمستعير أن يُعيرَه، سواءٌ اختلفَ استعمالُه كركوب الدَّابَّة[١]، أو لم يختلِف كالحمل على الدَّابَّة، وإن عيَّنَ مَن ينتفِعُ به، فإن لم يختلِفِ استعمالُه: يُعيرُه، وإنِ اختلَفَ(١): لا.

(وكذا المُؤَجِّرُ) أي: إذا أَجَّرَ شيئًا: فإن لم يُعيِّن مَن ينتفِعُ به: فللمُستأجر أن يُعيرَه، سواءٌ اختلَفَ استعمالُه أو لا، وإن عيَّنَ: يُعيرُ ما لا يختلفُ استعمالُه، لا ما اختلف(٢).

وعند الشَّافعيِّ: ليس للمستعير الإعارةُ(٣)؛ لأنَّ العاريةَ عنده: إباحةٌ للانتفاع، والمباحَ له لا يملِكُ الإباحة.

وعندنا: هي تمليكُ المنافع، فالمستعيرُ لمَّا ملكَ المنافعَ: كان له أن يُملِّكَها غيرَه[٢].

فيضمنُ حينَ سلَّم، وقال بعضُ أصحابِنا بأنَّها تؤجَّرُ لكن تنعقدُ جائزةً لا لازمةً، والصَّحيحُ ما في الكتاب، كذا في «العناية»(٤).

[١] قولُه: (كرُكوبِ الدَّابَّة)؛ لأنَّ ركوبَ الجنديِّ ليس كركوبِ السُّوقيِّ(٥).

[٢] قولُه: (أن(٦) يُملِّكَها غيرَه)؛ كالموصى له بالخدمة جاز له أن يُعير؛

---

(١) في (ش١) زيادة: «استعماله».
(٢) في (ش٣) زيادة: «استعماله».
(٣) ينظر: «نهاية المحتاج»: (٥/ ١٢٩).
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ١٠).
(٥) قال الشَّارح: «كالحمل على الدَّابَّة»، وكذا الاستعمال والسُّكنى والزِّراعة (مِنهُ).
وعن ابن سلمة: إن كان الرَّبط خارجَ الدَّار: لا يبرأ؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ الدَّابَّة تكون هناك بلا ضابطٍ (مِنهُ).
(٦) في (ح٥): «كان».

(فمَنِ استَعارَ دابَّةً، أوِ استَأجَرَ مُطلَقًا: له أن يَحمِلَ ويُعيرَ له) أي: للحمل (ويَركَبَ ويُركِبَ، وأيًّا فَعَلَ: تَعَيَّنَ، وضَمِنَ بغيرِهِ(١)[١].

وإنْ أطلَقَ الانتِفاعَ في الوَقتِ والنَّوعِ: انتَفَعَ(٢) ما شاءَ، أيَّ وَقتٍ شاءَ(٣).

وإنْ قَيَّدَ انتِفاعَهُ بوَقتٍ، أو نَوعٍ، أو بهِما(٤): ضَمِنَ بالخِلافِ إلى شَرٍّ فقط(٥))

لتملُّكه(٦) المنفعة.

فإن قيل: لو كان تمليكَ المنفعة: لَما تفاوتَ الحكمُ في الصِّحَّة بينَ ما يختلفُ باختلاف المستعمَل، وبينَ ما لا يختلفُ كالمالك.

أُجيب: بأنَّه إنَّما لا يجوزُ فيما يختلف؛ دفعًا لمزيد الضَّررِ عنِ المعير؛ لأنَّه رضيَ باستعماله لا باستعمال غيرِه.

[١] **قولُه**: (تعيَّنَ وضمنَ بغيرِه) يعني: لو ركبَ بنفسه: تعيَّنَ الرُّكوب، فليس له أن يُركِبَ غيرَه، وبالعكس كذلك، فلو فعلَه: ضمِن؛ لتعيُّن الرُّكوبِ في الأوَّل، والإركابِ في الثَّاني، هذا اختيارُ فخرِ الإسلام(٧)، وقال غيرُه: له أن يركبَ بعد

(١) في (م١) و(م٢): «لغيره».
(٢) في (ش٢) و(ش٥) زيادة: «به»، وفي (ش٣): «بالمستعار».
(٣) في بعض النُّسخ: «كان» ومنها (ش٤). وسقط قوله: «وإن أطلَقَ...شاء» من (م١) و(م٢)، وهو موجودٌ في غيرهما من نُسخ المتن.
(٤) قوله: «انتفاعه بوقت أو نوع أو بهما»: سقط من (ش١) و(ش٣) و(ش٤) و(ش٥).
(٥) كما إذا استعار دابَّةً ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطةٍ، فحمل عليها عشرة أقفزة ملحٍ: ضمن، وإن خالف إلى الخير كعكس المثال: لا يضمن. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٥٦).
وفي (م١) و(م٢) زيادة: «وإن أطلق فيهما: انتفع بالمستعار ما شاء أيّ وقت كان».
(٦) في (ح٢)و (ح٥): «لتملُّك»، وفي (ح٣): «لتمليك».
(٧) «شرح الجامع الصَّغير»: (ق: ٢٢٥).

التَّقييدُ إمَّا أن يكونَ في الوقت دونَ النَّوع، أو في النَّوع دونَ الوقت، أو فيهما، فإن عمِلَ على موافق القيدِ: فظاهرٌ، وإن خالَف: فإن كان الخلافُ إلى مثلٍ[١]، أو إلى خيرٍ[٢]: لا يضمَن، وإلى شرٍّ[٣]: يضمَن (وكذا تَقييدُ الإجارَةِ بنَوعٍ أو قَدْرٍ(١)) أي: إن وافَقَ أو خالَفَ إلى مثلٍ أو خيرٍ: لا يضمن، وإلى شرٍّ: يضمن.

(ورَدُّها إلى إصطَبلِ مالِكِها، أو معَ عَبدِهِ، أو أجيرِهِ مُسانَهَةً أو مُشاهَرَةً[٤]،

ذخيرة العقبى

الإركاب، ويُركبَ بعد الرُّكوب، وهو اختيارُ شمسِ الأئمَّةِ السَّرَخسيِّ وشيخِ الإسلام، كذا في «العناية»(٢).

[١] قولُه: (إلى مثلٍ(٣))؛ كمَن استعارَ دابَّةً ليحملَ عليها قفيزًا من هذه الحِنطة، فحمَّلَها(٤) قفيزًا من حِنطةٍ أخرى.

[٢] قولُه: (أو إلى خيرٍ)؛ كما إذا حملَ مثلَ ذلك شعيرًا.

[٣] قولُه: (لا يضمَنُ)؛ لأنَّ التَّقييدَ إنَّما يُعتبَرُ إذا كان مفيدًا، ولا فائدةَ في المثل والخيرِ كما لا يخفى.

[٣] قولُه: (وإلى شرٍّ(٥)) يضمنُ؛ كالحِنطة بالملح.

[٤] قولُه: (مُسانَهةً أو مُشاهَرةً) أي: السَّنويَّ أوِ الشَّهريَّ، بخلاف اليوميِّ؛ لأنَّ الأوَّلَينِ من عياله لا الثَّالث.

---

(١) سقط من (م١) و(م٢).
(٢) «المبسوط»: (١١/ ١٤٠)، و«العناية شرح الهداية»: (٩/ ١٣).
(٣) في (ح١) و(ح٤): «مثله»، وفي (ح٢): «منه».
(٤) في (ح٣): «فحمل عليها».
(٥) في (ح٢): «وإلى شرطٍ».

أو معَ أجيرِ رَبِّها، أو عَبدِهِ يَقوُمُ على دابَّتِهِ أو لا: تَسليمٌ) أي: ردَّ الدَّابَّةَ إلى إصطبلِ مالكِها، فهلكَت قبلَ الوصول إلى المالك(١): لا يضمن؛ لأنَّ هذا تسليمٌ.

وكذا إن أرسلَها المستعيرُ مع عبدِه إلى المالك، فهلكَت قبلَ الوصول إليه.

وكذا إن أرسَلَها مع أجيرِه مسانَهةً أو مشاهَرةً، بخلاف أجيرِه مُياوَمةً؛ إذ ليس في عياله، فيضمنُ بالتَّسليم إليه.

وكذا إن سلَّمَها إلى أجير المالك، أو عبدِه، سواءٌ يقومُ على الدَّوابِّ أو لا، فهلكَت قبلَ الوصول إلى المالك، وهو الأصحُّ[١]، وقيل: يضمنُ بالتَّسليم إلى عبده الذي لا يقومُ على الدَّوابِّ، فدلَّتِ المسألةُ[٢] على أنَّ المستعيرَ لا يملِكُ الإيداع (كـرَدِّ مُستَعارٍ غيرِ نَفيسٍ[٣] إلى دارِ مالِكِهِ) فإنَّ هذا تسليمٌ، بخلاف

---

[١] قولُه: (هو الأصحُّ)؛ لوجود الدَّفعِ إلى المالك في الجملة؛ لأنَّ المستعارَ قد يُرَدُّ إلى غير مَن يقومُ عليه في بعض الأوقات، فيوجَدُ فيه رضاءُ المالكِ دلالةً؛ قيل: هذا في عرف زمانِهم، وأمَّا في زماننا: فلا يبرأُ في الكلِّ إلَّا بالتَّسليم إلى المالك، كذا في «التَّبيين»(٢).

[٢] قولُه: (فدلَّتِ المسألةُ) أي: التي ذُكِرَتْ بقوله: «قيل»(٣).

[٣] قولُه: (غيرُ نَفيسٍ)؛ كآلاتِ البيتِ والعبدِ مثلًا.

---

(١) قوله: «إلى المالك» في (ش٣): «إليه»، وفي (ش٥): «إلى مالكها».

(٢) «تبيين الحقائق»: (٥/ ٩٠).

(٣) أي: قائله الكرخيُّ، ومن قال بأنَّه ملك الإيداع ـ وهم مشايخ العراق ـ أوَّلوا هذه المسألة بأنَّها إعارةٌ لانقضاء مدَّتها، فكان إذ ذاك مودعًا، وليس له أن يودع غيره، فإذا أودعه وفارقه: ضمن بالاتِّفاق كما تقدَّم (مِنهُ). ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخيِّ» للكرمانيِّ: (ق: ٢٠٩).

المستعارِ النَّفيس كالجواهر، حيثُ لا يُردُّ إلَّا إلى المُعير (بخِلافِ رَدِّ الوَديعَةِ والمَغصوبِ إلى دارِ مالِكِهِما) فإنَّ هذا لا يكونُ تسليمًا، بل لا بدَّ[١] مِنَ الرَّدِّ إلى المالك(١).

(وعاريَةُ النَّقدَينِ، والمَكيلِ، والمَوزونِ، والمَعدودِ: قَرضٌ)؛ لأنَّه لا يُنتفَعُ بهذه الأشياءِ إلَّا بالاستهلاك[٢]، إلَّا إذا عيَّنَ الانتفاع؛ كاستعارة الدَّراهمِ ليُعيِّرَ بها[٣] الميزان، أو تُزيِّنَ الدُّكَّان، وفائدةُ كونِها قرضًا أنَّها لو هلكَت في يد المستعيرِ قبلَ الانتفاع: تكونُ مضمونةً.

---

[١] **قولُه**: (بل لا بدَّ)؛ لأنَّ الواجبَ على الغاصب فسخُ فعلِه، وذلك بالرَّدِّ إلى المالك دونَ غيرِه، وعلى المودَع الرَّدُّ إلى المالك، لا إلى داره ومَن في عيالِه؛ لأنَّه لو ارتضى بالرَّدِّ إلى عياله: لَما أودعَها إيَّاه.

[٢] **قولُه**: (إلَّا بالاستهلاكِ) أي: باستهلاك عينِها، فكان ذلك تمليكًا للعين اقتضاءً، وتمليكُ العينِ إمَّا بالهبة أوِ القرض، والقرضُ أدناهما؛ لكونه متيقَّنًا به؛ لأنَّه أقلُّ ضررًا منَ المُعطى؛ لأنَّه يوجبُ ردَّ المثل، وما هو أقلُّ ضررًا: فهو الثَّابتُ يقينًا.

[٣] **قولُه**: (لِيُعيِّرَ بها(٢)) أي: ليُسوِّيَ بها الأشياءَ التي يوزَنُ بها، ويُقال لها: صَنجاتٌ، قال في «المُغرب»(٣): ((والصَّواب: ليُعايرَ، يُقال: عايَرتُ المكاييلَ والموازين؛ إذا قايستَها، والعِيار: المِعيارُ الذي يُقاسُ به غيرُه ويُسوَّى)).

---

(١) قوله: «بخلاف رد الوديعة... إلى المالك»: سقط من (ش١).

(٢) «ليعير بها»: في (ح٣): «يعير بها»، وفي (ح٥): «ليعير لها». و«بها»: سقطت من أغلب نسخ الشَّرح.

(٣) «المغرب»: (عير).

(وصَحَّ إعـارَةُ الأرضِ للبِناءِ والـغِـرْسِ[1]، ولهُ أن يَرجِعَ عنها(١)، ويُكَلَّفُ قَلعَها(٢)، ولا يَضمَنُ إنْ أطلَقَ) أي: لا يضمنُ المعيرُ ما نقصَ البناءُ والغرسُ بالقَلع إن كانت(٣) الإعارةُ مطلَقةً؛ أي: غيرَ مؤقَّتةٍ.

(وضَمِنَ ما نَقَصَ[2] بالقَلعِ إنْ وَقَّتَ) أي: إن وقَّتَ الإعـارة، ورجعَ عنها قبلَ ذلك الوقت، وإنَّما يضمنُ للغُرور، وفي صورة الإطلاقِ(٤) ما غرَّه، بل اغترَّ المُستعير، واعتمدَ على الإطلاق (وكُرِهَ الرُّجوعُ قبلَهُ) أي: قبلَ الوقت؛ لأنَّ فيه خُلفَ الوعد.

(ولو أعارَ للزَّرعِ: لا يُؤخَذُ(٥) حتَّى يُحصَدَ(٦)، وَقَّتَ أو لا)؛ لأنَّ للزَّرع نهايةً

[1] قولُه: (والغَرْسُ) - بفتح الغين المعجَمةِ، وسكونِ الرَّاءِ المهمَلة -، على إرادة المغروس، ومنه: غرسُ الشَّجر، ويُروى بكسر الغين، وهو ظاهرٌ، كذا في «البيانيَّة»(٧).

[2] قولُه: (وضَمِنَ ما نَقَصَ) ووجهُه: أن يُنظَرَ كم يكونُ قيمةُ البناءِ والغَرْسِ إذا بقيَ إلى المدَّة المضروبة، فيضمنَ ما نقصَ من قيمته؛ يعني: إذا كانت قيمةُ البناءِ إلى المدَّة المضروبةِ عشَرةَ دنانيرَ مثلًا، وإذا قُلِعَ في الحال: يكونُ قيمةُ النَّقص دينارَينِ: يرجعُ بهما، كذا في «العناية»(٨).

(١) لأنَّ العارية غير لازمةٍ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٥٧).

(٢) في (م١) و(م٢): «قلعهما».

(٣) في (ش١) و(ش٣) و(ش٥): «كان».

(٤) في (ش١): «للإطلاق».

(٥) في (م١) و(م٢): «ولا تؤخذ».

(٦) في (م٢): «تحصد».

(٧) «غاية البيان»: (١٣/ ٨٨).

(٨) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ١٥).

معلومةً، ففي التَّرك[١] مراعاةُ الحقَّين، بخلاف الغَرْسِ؛ إذ ليس لهم نهايةٌ معلومةٌ.

(وأُجرَةُ رَدِّ المُستَعارِ والمُستَأجَرِ والمَغصوبِ: على المُستَعيرِ والمُؤَجِّرِ والغاصِبِ)؛ لأنَّ الرَّدَّ واجبٌ[٢] على هؤلاء عند طلب المالك.

(ويَكتُبُ المُعارُ: «قد أطعَمتَني أرضَكَ» لا: «أعَرتَني» إذا أُعيرَت للزِّراعَةِ) إذا أُعيرَتِ الأرضُ للزِّراعة، فأراد المستعيرُ أن يكتُبَ كتابًا: فعند أبي حنيفة: يكتبُ لفظَ الإطعام؛ لأنَّه أدلُّ على الزِّراعة، فإنَّ إعارةَ الأرضِ قد تكونُ للزِّراعة، وقد تكونُ(١) للبناء.

وعندهما: يكتبُ لفظَ الإعارة.

---

[١] قولُه: (ففي التَّرك) يعني: لو تُرِكَت عند المستعيرِ إلى الحصاد بأجر المثل: لَروعِيَ حقُّ الأرضِ بالأجر، وحقُّ الزَّرعِ بالانتهاء إلى الكمال.

[٢] قولُه: (لأنَّ الرَّدَّ واجبٌ... إلخ) قيل عليه: إنَّ هذا التَّعليلَ لا يجري في المؤجَّر؛ لأنَّ المتبادَرَ منه أن يكونَ العينَ المستأجَرُ عند المؤجِّر، وله مالكٌ غيرُه، ويجبُ عليه ردُّه إليه عند طلبِه كما في المستعير والغاصب، وليس كذلك؛ لأنَّ المستأجَرَ عند المستأجِرِ لا عنده، والمالكُ هو نفسُه لا غيرُه، ولهذا غُيِّر في بعض النُّسخِ لفظُ «المؤجِّر» إلى «المستأجِر».

فنقولُ وبالله التَّوفيق، وبيده أزمَّةُ التَّحقيق: إنَّ أجرةَ نقلِ المستأجَرِ مِن يد المستأجِرِ إلى يد المؤجِّرِ الذي هو المالكُ: واجبةٌ عليه لا على المستأجِر؛ بلِ الواجبُ عليه عند انقضاءِ المدَّة: التَّمكينُ للمؤجِّر على القبض، والتَّخليةُ بينَه وبينَ

---

(١) قوله: «للزراعة وقد تكون»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤) وفي (ش٥): «فإنَّ إعارة الأرض قد تكون للبناء والغرس».

....

ذخيرة العقبى

العينِ لا النَّقل؛ لأنَّه من مؤَن القبض، ومنفعةُ القبضِ عائدةٌ إلى المؤجِّرِ معنًى، فكأنَّه لم يوجَدِ القبضُ منَ المستأجِر حكمًا، فلا يجبُ عليه مؤنتُه، ولا كذلك المستعير؛ لأنَّه قابضٌ حقيقةً وحكمًا، ففي المؤجِّرِ اعتباران:

أحدُهما: أنَّه قابضٌ حكمًا، فيجبُ عليه أجرُ النَّقلِ والرَّدِّ الذي هو مؤنةُ القبضِ إذا طلبَ المالكُ ردَّ العينِ المستأجَر.

وثانيهما: أنَّه مالكٌ حقيقةً، فيطلبُ ويستردُّ عينَ[1] المستأجَر، فهو بالاعتبار الأوَّلِ يُعطى أجرةَ الرَّدِّ، وبالاعتبارِ الثَّاني يطلبُ قبضَ عينِه الذي هو في يد غيرِه، فالرَّادُّ والمالكُ الطَّالبُ متَّحدانِ بالذَّات، متغايرانِ بالاعتبار، وأمَّا بالنِّسبة إلى المستعير والغاصب: فمتغايرانِ بالذَّات، هذا ما سنحَ لي بعد[2] إرخاءِ عِنانِ القريحةِ[3] إلى مطالعة «تاجِ الشَّريعة»[4].

---

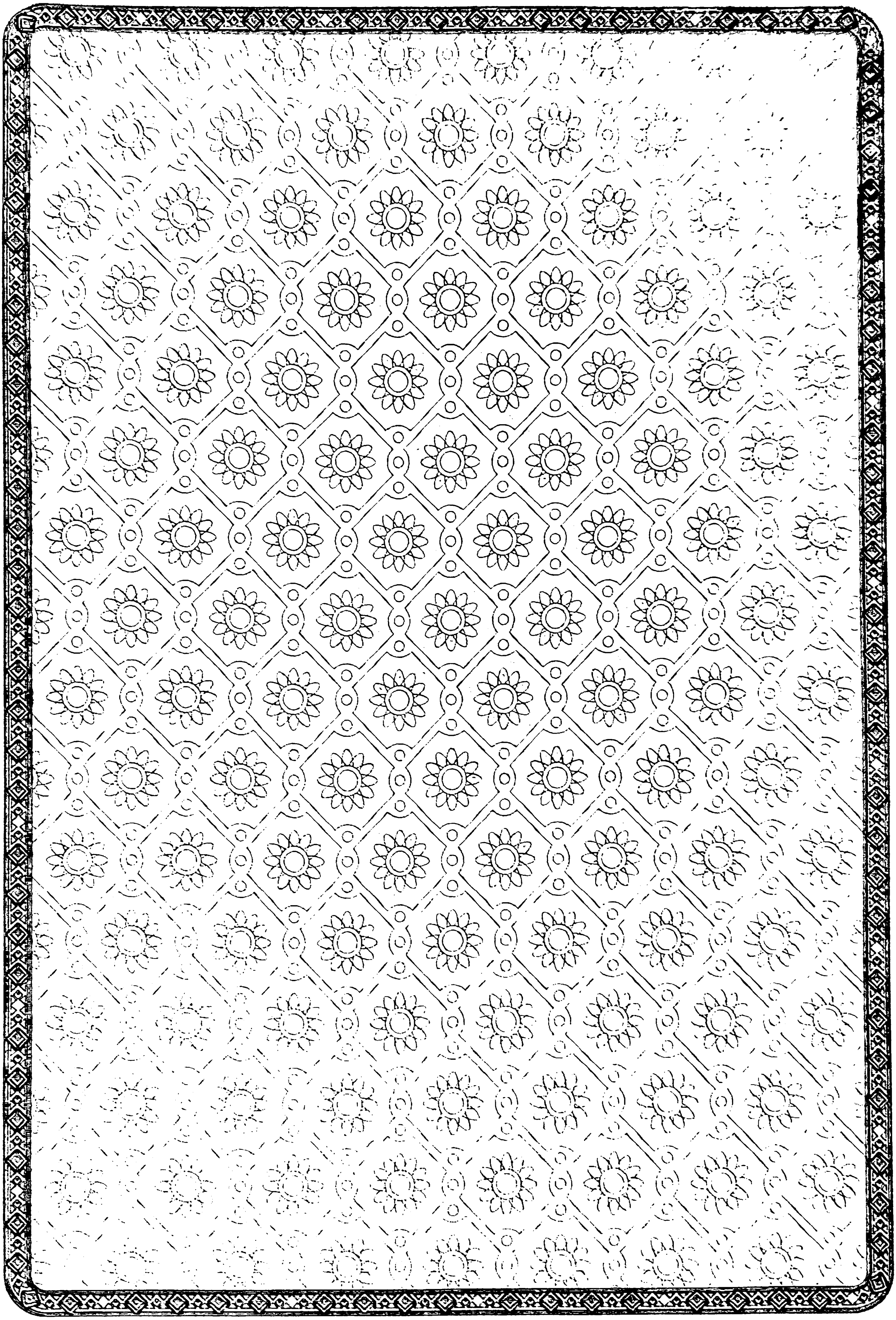
(١) في (ح٢): «عليه»، وفي (ح١) و(ح٣) و(ح٤): «عينه».

(٢) في (ح٥): «بقدر».

(٣) في «الصِّحاح»: ((القريحة: الطَّبيعة، والجمع: القروح)) (مِنهُ). وإرخاء عِنان القريحة: إطلاق الفكر على سجيَّته بلا كبحٍ ولا تكلُّفٍ؛ ليجري في ميادين البحث والتَّأمُّل.

(٤) «نهاية الكفاية في دراية الهداية»: (٢/ ١٠٢).

كِتَابُ الهِبَةِ



كتاب الهبة

[تعريفُها، وكيفيَّةُ انعقادِها]

(هي تَمليكُ عَينٍ بلا عِوَضٍ[1]).

(وتَصِحُّ بـ: «وَهَبتُ»، و«نَحَلتُ»، و«أعطَيتُ»، و«أطعَمتُ(١) هذا الطَّعامَ») فإنَّ الإطعامَ إذا نُسِبَ إلى الطَّعام: كان هبةً، وإذا نُسِبَ إلى الأرض: كان عاريةً.

(و«جَعَلتُ هذا لك»، و«أعمَرتُكَهُ»، و«جَعَلتُهُ لك عُمرى») قال النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن أُعمِرَ عُمرى: فهي للمُعمَرِ له، ولورثَته مِن بعدِه»(٢)[2] بخلاف ما إذا قال: «داري لك عُمرى سُكنى»، فإنَّ قولَه: «سُكنى» يجعلُه عاريةً.

كتاب الهبة

هي تمليكُ عينٍ، أي: منَ المال، هذا معناه العرفيُّ والشَّرعيُّ، وأمَّا معناه اللُّغويُّ: فهو إعطاءُ الشَّيءِ بغير عِوضٍ، مالًا كان أو غيرَه، قال اللهُ تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩](٣).

[١] قولُه: (بلا عِوَضٍ) أي: بلا شرط عِوضٍ؛ لا أنَّ عدمَ العِوضِ شرطٌ فيه لينتقضَ بالهبة بشرط العِوض، كذا في «الغرر»(٤).

[٢] قولُه: (ولورثَتِه مِن بعدِه) أي: ولورثة المُعمَرِ له من بعدِ المُعمِرِ له يعني:

---

(١) في (م١) و(م٢): «وأطعمتك».

(٢) أخرجه مسلمٌ: (١٦٢٥) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(٣) وقال الله تعالى حكايةً عن زكريًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ ءَالِ يَعْقُوبَ﴾ [مريم: ٥، ٦] (مِنهُ).

(٤) «درر الحكَّام شرح غرر الأحكام»: (٢/ ٢١٧).

(و«حَمَلتُكَ على هذه الدَّابَّةِ» بنيَّتِها(١)[١]، و«كَسَوتُك هذا الثَّوبَ»، و«داري لك هِبَةً تَسكُنُها») فإنَّ قولَه: «تسكنُها» ليس تميزًّا، بل هو مشورةٌ[٢].

يثبتُ به الهبة، ويبطلُ ما اقتضاه من شرط الرُّجوع، وكذا لو شرط الرُّجوعَ صريحًا: يبطلُ شرطُه، كذا في «العناية»(٢).

[١] قولُه: (بنيَّتِها)؛ لأنَّ الحملَ هو الإركابُ حقيقةً، وهو تصرُّفٌ في المنافع، فيكونُ عاريَّةً؛ إلَّا أن يقولَ صاحبُ الدَّابَّة: «أردتُ الهبة»؛ لأنَّ اللَّفظَ قد يُذكَرُ للتَّمليك، يُقال: حملَ الأميرُ فلانًا على فرسٍ، فإذا نوى محتمَلَ لفظِه فيما فيه تشديدٌ عليه: عملَتْ نيَّتُه.

لا يُقال: هذا يُناقضُ ما تقدَّمَ في العاريَّة من قوله: «لأنَّها لتمليك العين»، وعند عدمِ إرادةِ الهبةِ يُحمَلُ على تمليك المنافعِ مجازًا.

لأنَّا نقول: إنَّ قولَه: «لأنَّها لتمليك العين»؛ يعني: في العرف، فاستعمالُه في المنافعِ مجازٌ عرفيٌّ، فيكونُ قولُه ههنا: «لأنَّ الحملَ هو الإركابُ حقيقةً»؛ يعني: في اللُّغة، فاستعمالُه في الحقيقة العرفيَّةِ مجازٌ لغويٌّ.

[٢] قولُه: (بل هو مشورةٌ(٣)) وهي استخراجُ رأيِ غالبِ الظَّنِّ، فإن شاء: قبِلَ مشورتَه وسكنَها، وإن لم يشأْ(٤): لم يقبلْ، وهو بيانٌ لمقصوده أنَّه ملَّكَه الدَّارَ ليسكنَها، وهذا معلومٌ وإن لم يذكرْه، فلا يتغيَّرُ حكمُ التَّمليك، بمنزلة قولِك: «هذا الطَّعامُ لكَ تأكلُه»، و«هذا الثَّوبُ لكَ تلبَسُه»، والفرقُ بينَه وبينَ: «داري لكَ

(١) أي: بنيَّة الهبة.

(٢) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٢٥).

(٣) في (ح٤) و(ح٥): «مشهورة».

(٤) قوله: «وإن لم يشأ» في جميع النُّسخ عدا (ح٥): «وإن شاء».

* (وفي: «هِبَةً سُكنى») أي: داري لك هبةً سُكنى، فقوله: «سُكنى» تمييزٌ، فيكونُ تفسيرًا لما قبلَه، فيكونُ عاريةً.

(أو: «سُكنى هِبَةً») أي: داري لك بطريق السُّكنى حالَ كونِ السُّكنى هبةً؛ أي: موهوبةً.

(أو: «نُحلى سُكنى») **النُّحلى**: اسمٌ مِنَ النَّحل؛ أي: الإعطاء، تقديرُه: نحلتُها نُحلةً، ثمَّ قولُه: «سُكنى» تمييزٌ.

(أو: «سُكنى صَدَقَةً») أي: داري لك بطريق السُّكنى حالَ كونِ السُّكنى صدقةً.

(أو: «صَدَقَةً عاريَةً») أي: داري لك حالَ كونِها صدقةً بطريق العارية، فـ: «عاريةً» تمييزٌ فُهِمَ منه المنفعة.

(أو «عاريَةً هِبَةً»: عاريَةً) أي: داري لك بطريق العاريةِ حالَ كونِها[1] هبةً.

فلمَّا قال: «عاريةً» فُهِمَ منها المنفعة، فمعناه: حالَ كونِ المنافعِ موهوبةً[2] لك.

ذخيرة العقبى

هبةٌ سُكْنى»، حيثُ جعلوه عاريَّةً، وهذه هبةً أنَّ قولَه: «داري لك»: اسمٌ، وقولَه: «سُكْنى»: اسمٌ يصلحُ أن يكونَ معناه تفسيرًا للاسم، فصار كأنَّه قال: «لكَ سكنى داري»، ولو قال ذلك: كانت عاريَّةً، فكذلك هذا، بخلاف قولِه: «تسكنُها»؛ لأنَّه فعلُ المخاطَب، فلا يصلحُ تفسيرًا لقول[3] المتكلِّم.

(١) في (ش٤) زيادة: «بطريق».
(٢) في (ش٣): «هبة»، وفي (ش٥): «موداة».
(٣) «تفسيراً لقول»: في (ح٢) و(ح٣) و(ح٥): «تفسير القول».

(وتَتِمُّ بالقَبضِ الكامِلِ[١]) أي: تتمُّ الهبةُ بالقبض الكاملِ الممكنِ في الموهوب للموهوب له(١)، فالقبضُ الكاملُ في المنقول: ما يُناسبُه، وفي العقار: ما يُناسبُه، فقبضُ مِفتاحِ الدَّارِ قبضٌ لها، والقبضُ الكاملُ فيما يحتمِلُ القسمةَ بالقسمة، حتَّى يقعُ القبضُ على الموهوب بطريق الأصالةِ من غيرِ أن يكونَ القبضُ بتَبعيَّة قبضِ الكلِّ، وفيما لا يحتملُ القسمةَ بتَبعيَّة(٢) الكلِّ.

(فتَصِحُّ(٣) إنْ قَبَضَ في مَجلِسِها بلا إذنٍ، أو بعدَهُ(٤) بإذنٍ) أي: إذا قبضَ في مجلس الهبةِ بلا إذنٍ: كانَ قبضًا؛ لأنَّ الهبةَ دليلُ الإذن، وبعدَ انقضاء مجلسٍ[٢]

[١] قولُه: (وتَتِمُّ بالقَبضِ الكامِلِ) قيَّدَ بتمامها؛ لأنَّ نفسَ ماهيَّتِها تتحقَّقُ بمجرَّد الإيجاب، قال الأكمل(٥): ((وهذا بخلاف البيعِ من جهة العاقدَين، أمَّا من جهة الواهب: فلأنَّ الإيجابَ كافٍ، ولهذا لو حلفَ أن يهبَ عبدَه لفلانٍ، فوهبَ ولم يقبلْ: برَّ في يمينه، بخلاف البيع، وأمَّا من جهة الموهوبِ له: فلأنَّ المِلكَ لا يثبتُ بالقَبول بدونِ القبض، بخلاف البيع)) انتهى.

[٢] قولُه: (وبعدَ انقضاءِ المجلسِ) والقياس: أن لا يجوزَ في الوجهَين، وهو قولُ الشَّافعيِّ(٦)؛ لأنَّ القبضَ تصرُّفٌ في مِلك الواهب؛ لأنَّ مِلكَه قبل القبض باقٍ بالاتِّفاق، والتَّصرُّفُ في مِلك الغيرِ بلا إذنِه غيرُ جائزٍ(٧).

---

(١) «للموهوب»: سقط من (ش٢) و(ش٣) و«للموهوب له»: سقط من (ش٤).

(٢) في (ش٤) زيادة: «يختص»، وفي (ش٥) زيادة: «قبض».

(٣) في بعض النسخ: «فيصح»، وفي بعضها: «وتصح».

(٤) في (م١) و(م٢): «وبعده». (٥) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ١٩).

(٦) ينظر: «روضة الطَّالبين»: (٥/ ٣٦٦).

(٧) ولنا: وجه الاستحسان في الأوَّل: أنَّ القبض في الهبة بمنزلة القَبول في البيع من حيث =

لا بدَّ أن يأذنَ الواهبُ صريحًا (كمَشاعٍ لا يُقسَمُ) متعلِّقٌ بقوله: «فتصِحُّ»، والمرادُ به[١]: أنَّه إذا قُسِمَ: لا يبقى منفعةٌ، كالرَّحى، والحمَّام، والبيتِ الصَّغيرِ.

(لا فيما يُقسَمُ) أي: لا تصحُّ الهبةُ[٢] في مشاعٍ لو قُسِمَ: تبقى منفعتُه[٣] عندنا، خلافًا للشَّافعيِّ(١).

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (والمرادُ بهِ: ما... إلخ) أي: ما لا يقبلُ التجزؤ في نفسه؛ لأنَّ كلَّ ما في الدُّنيا يقبلُه، كذا في «البيانيَّة»(٢).

[٢] قولُه: (لا تصحُّ الهبةُ... إلخ) معناه: لا يثبتُ الملكُ إلَّا مَحُوزة(٣) مقسومةً(٤)؛ لأنَّ الهبةَ في نفسها فيما يُقسَمُ تقعُ جائزةً، ولكن توقَّف إثباتُها الملكَ على الإفراز والتَّسليم، والعقدُ المتوقِّفُ على ثبوتُ مِلكِه لا يوصَفُ بعدم الجواز؛ كالبيعِ بشرط الخيار، كذا في «العناية»(٥).

[٣] قولُه: (تبقى منفعتُه)؛ كالدَّارِ والبيتِ الكبير، والأمثلةُ التي ذكرَها لما لا يُقسَمُ

= إنَّ الحكم - وهو ثبوت الملك - لا يتوقَّف عليه فيها، كما يتوقَّف على القبول فيه، ومقصود الواهب من عقد الهبة: إثبات الملك للموهوب له، وإذا كان كذلك: يكون الإيجاب منه تسليطًا على القبض؛ تحصيلًا لمقصوده، فكان إذنًا دلالةً، ولا كذلك القبض بعد الافتراق؛ لأنَّا إنَّما أثبتنا التَّسليط فيه إلحاقًا للقبض بالقَبول، والقَبول يتقيَّد بالمجلس، فكذا ما قام مقامه، والنَّقض بما إذا نهاه عن القبض في المجلس حيث يوجد التَّسليط فيه، ولم يجز القبض: مدفوعٌ بأنَّ الدَّلالة لا تعمل في مقابلة التَّصريح، هذا زبدة ما في «العناية»: (٩/ ٢٣) (مِنهُ).

(١) فإنَّ عنده تصحُّ هبة المشاع سواءٌ احتمل القسمة أو لا. ينظر: «المجموع»: (١٥/ ٣٧٤).

(٢) «غاية البيان»: (١٣/ ١٣٠).

(٣) احترازٌ عمَّا إذا وهب التَّمر على النَّخيل دون النَّخيل، والزَّرع في الأرض دونها، فإنَّ الموهوب ليس بمَحوزٍ؛ أي: مقبوضٍ (مِنهُ).

(٤) احترازٌ عن المشاع، فإنَّه إذا جزَّ وقبض التَّمر الموهوب على النَّخيل، ولكنَّ ذلك التَّمر مشترَكٌ بينه وبين غيره: فإنَّه لا يجوز أيضًا، لأنَّه غير مقسومٍ، كذا في «العناية»: (٩/ ٢٨) (مِنهُ).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٢٨).

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على اشتراط القبض[١]:

هو يقول: المشاعُ محلٌّ للقبض كما في البيع ونحوِه.

ونحن نقول: القبضُ منصوصٌ عليه ههنا، فلا بدَّ من كماله[٢].

ذخيرة العقبى

ممَّا لا يبقى فيها المنفعةُ التي كانت قبل القسمة وإنِ انتفعَ بها بوجهٍ آخر، وقد يصيرُ بعد القسمة بحيثُ لا يُنتفَعُ به أصلًا؛ كالعبدِ الواحدِ والدَّابَّةِ الواحدة(١).

[١] قولُه: (مبنيٌّ على اشتراطِ القبضِ) التَّعريفُ فيه إشارةٌ إلى القبض الذي وصفَه المصنِّفُ بالكمال، وإلَّا: فالقبضُ في الجملة شرطٌ عند الشَّافعيِّ(٢) أيضًا كقبضِ ما يُقسَمُ مشاعًا، وأمَّا عند مالكٍ: فلا يُشترَطُ القبضُ أصلًا(٣) كالبيع.

[٢] قولُه: (منصوصٌ(٤) عليه ههنا، فلا بدَّ من كمالِه) والنَّصُّ قولُه ﷺ: «لا تجوزُ الهبةُ إلَّا مقبوضةً»(٥)، وأمَّا وجوبُ الكمال: فلأنَّ التَّنصيصَ عليه يدلُّ على الاعتناء بوجوده، وقبضُ المشاعِ ناقصٌ؛ لأنَّه لا يقبلُه إلَّا بضمِّ غيرِ الموهوبِ(٦)، والغيرُ غيرُ موهوبٍ وغيرُ ممتازٍ عنِ الموهوب، فكلُّ جزءٍ فرضتَه(٧) يشتملُ على ما يجبُ قبضُه وما لا يجوزُ قبضُه، فكان مقبوضًا بوجهٍ دونَ وجهٍ، وفيه شبهةُ العدمِ

---

(١) كذا في «الغرر»: (٢/ ٢١٧)، وغيره (مِنهُ).

(٢) ينظر: «الحاوي»: (٧/ ٥٣٤).

(٣) أي: لا كاملًا ولا ناقصًا (مِنهُ).

(٤) التَّنصيص: التَّصريح، كذا في «الصِّحاح» (مِنهُ).

(٥) أخرجه عبد الرَّزَّاق في «مصنَّفه»: (١٦٥٢٩) من قول النَّخعيِّ، وقال الزَّيلعيُّ: غريبٌ. «نصب الرَّاية»: (٤/ ١٢١)، وذكره ابن أبي العزِّ في «التَّنبيه على مشكلات الهداية»: (٥/ ٥٨٧) ثمَّ قال: ((هذا حديثٌ منكرٌ لا أصلَ له، والله أعلم)).

(٦) زاد في (ح٣): «إليه».

(٧) في (ح٣): «قبضته».

ولا فرقَ عندنا[١] بين أن يَهَبَ مِنَ الشَّريك أو مِنَ الأجنبيِّ، والمفسدُ هو

المنافيةُ للاعتناء بشأنه، قال في «الهداية»(١) عطفًا على الوجه الأوَّلِ الذي عبَّرَ(٢) عنه الشَّارحُ بقوله: «ونحن نقول»: ((ولأنَّ في تجويزه إلزامَ الواهبِ شيئًا لم يلتزِمْه، وهو مؤنةُ القسمة))، وتجويزُ ذلك لا يجوزُ؛ لزيادة الضَّرر(٣).

قيل عليه: إنَّ الوجهَ الثَّانيَ غيرُ متمشٍّ في جميع الصُّور؛ لأنَّ مَن وهبَ من شريكه: لم يلزمْه مؤنةُ القسمة.

أُجيب: بأنَّه غلطٌ؛ لأنَّه علَّةٌ نوعيَّةٌ لإثبات نوعِ الحكم، وذلك لا يستلزمُ الاطِّرادَ في كلِّ شخصٍ، كذا في «الأكمليَّة»(٤)، فاحفظْه فإنَّه ينفعُكَ في مواضعَ كثيرةٍ.

[١] قولُه: (ولا فرقَ عندنا) أي: في عدم جوازِ هبةِ مشاعٍ يُقسَمُ(٥)، وعند الشَّافعيِّ(٦): يجوزُ منَ الأجنبيِّ فضلًا ومن الشَّريك، وعند ابنِ أبي ليلى: يجوزُ منَ الشَّريك فقط(٧).

---

(١) «الهداية»: (٣/ ٢٢٣).
(٢) في (ح٥): «سيخبر».
(٣) فإن قيل: هذا ضررٌ مرضيٌّ؛ لأنَّ إقدامه على هبة المشاع يدلُّ على التزامه ضررَ القسمة، والضَّائر من الضَّرر: ما لم يكن مرضيًا.
أُجيب: بأنَّ المرضيَّ منه ليس القسمة، ولا ما يستلزمها؛ لجواز أن يكون راضيًا بالملك المَشاع، وهو ليس بقسمةٍ، ولا يستلزمها، كذا في «العناية»: (٩/ ٢٩) (مِنهُ).
(٤) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٣١).
(٥) في (ح٥): «لا يقسم».
(٦) ينظر: «التَّهذيب» للبغويِّ: (٤/ ٥٢٩).
(٧) والفقه فيه: أنَّ القبض شرطٌ لصحَّة الهبة باتِّفاقٍ بيننا وبينه، والقبض لا يتحقَّق في الشَّائع؛ لأنَّ المعيَّن شرطٌ لصحَّة القبض؛ لأنَّه يلاقيه الفعل حقيقةً، وإنَّما يُتصوَّر ملاقاة الفعل إذا كان بحيث يُشار إليه ليقصده الفاعل بالفعل، والشَّائع لا يُشار إليه، ولا يتأتَّى فيه القبض، بخلاف ما لا يحتمل القسمة؛ لأنَّه تعذَّر تحقيقَ القبض الكامل فيه، فاكتُفِيَ بالنَّاقص، كذا في «البيانيَّة»: (١٣/ ١٣٢) (مِنهُ).

الشُّيوعُ المقارِن[١]، لا الشُّيوعُ الطَّارئ، كما إذا وهَب، ثمَّ رجعَ في البعض الشَّائع، أوِ استُحِقَّ البعضُ الشَّائع[٢]، بخلاف الرَّهن[٣]، فإنَّ الشُّيوعَ الطَّارئَ مفسِدٌ فيه(١).

(فإن قُسِمَ وسُلِّمَ: صَحَّ) أي: إذا وُهِبَ النِّصفُ المشاع، ثمَّ قُسِمَ وسُلِّم: صحَّ؛ لأنَّ تمامَها[٤] بالقبض عندنا، وعند القبضِ لا شيوعَ.

---

[١] **قولُه**: (هو الشُّيوعُ المقارِن) يعني: أنَّ المانعَ من تمامها: هو الشُّيوعُ الكائنُ عند القبض، لا العارضُ بعده، حتَّى لو وهبَ نصفَ دارِه لرجلٍ، ولم يُسلِّمْ حتَّى وهبَ له النِّصفَ الباقيَ وسلَّمَها جملةً: جازَتْ.

[٢] **قولُه**: (أوِ استُحِقَّ البعضُ الشَّائع) وقد عدَّه في «التَّوفيق» و«الكافي»(٢) من قسم المقارِن بناءً على أنَّ الاستحقاقَ إذا ظهرَ بالبيِّنة: كان مستندًا إلى ما قبْلَ الهبة، فيكونُ مقارِنًا لا طارئًا(٣).

[٣] **قولُه**: (بخلافِ الرَّهن... إلخ) فإنَّه لا يجوزُ مشاعًا مطلقًا، سواءٌ كان ممَّا يُقسَمُ أو لا، وسواءٌ رهنَ من شريكه أو من أجنبيٍّ، والطَّارئُ فيه كالمقارِن، هو الصَّحيح، كذا في «الخلاصة»(٤).

[٤] **قولُه**: (صحَّ؛ لأنَّ تمامَها... إلخ) يُعلَمُ منه جوازُها قبل القبض؛ لأنَّه لو كان غيرَ جائزٍ: لاحتاجَ إلى تجديد العقدِ عند الإفرازِ(٥) كما في المعدوم.

---

(١) «فيه» مثبتةٌ من (ش٤).

(٢) «توفيق العناية»: (ق: ٢٠٢)، و«الكافي»: (٨/ ٢٢٢).

(٣) كذا في «جامع الفصولين» نقلًا من «المحيط»: (٦/ ٢٤٢)، وقد اختاره الأستاذ: (٢/ ٢١٩)، حتَّى اعترض على الشَّارح بما ذكرناه بقولنا: «إنَّ استحقاق» (مِنهُ).

(٤) «خلاصة الفتاوى»: (ق:٤٤٦).

(٥) في (ح٣): «الانفراد».

(فإن وَهَبَ دَقيقًا في بُرٍّ، أو دُهنًا في سِمسِمٍ: لا وإن طُحِنَ(١)، أو أُخرِجَ وسُلِّمَ، وكذا السَّمنُ في اللَّبَنِ) إنَّما لا يجوزُ لأنَّ الموهوبَ معدومٌ[١] وقتَ الهبة، بخلاف المشاع(٢).

(وهِبَةُ لَبَنٍ في ضَرعٍ، وصوفٍ على غَنَمٍ، وزَرعٍ ونَخلٍ في أرضٍ، وتَمرٍ في نَخيلٍ: كالمَشاعِ) أي: لا تجوزُ هذه الهبات[٢]، لكن إذا فُصِلَت هذه الأشياءُ عن ملك الواهبِ وقبض: تصحُّ.

(وتَمَّ(٣) هِبَةُ ما معَ المَوهوبِ له بلا قَبضٍ جَديدٍ[٣]، وما وَهَبَ لطِفلِهِ بالعَقدِ[٤]،

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (معدومٌ) فلا يجوزُ إلَّا بالتَّحديد بعد الإفراز، وإنَّما عُدَّتْ هذه الأشياءُ معدومةً؛ لأنَّ الدَّقيقَ مثلاً قبل الطَّحن حِنطةٌ، وهو غيرُها، وكونُ الشَّيءِ الواحِدِ شيئَينِ في وقتٍ واحِدٍ: مستحيلٌ، فعرَفْنا أنَّه أضافَ العقدَ إلى المعدوم، فكان لغوًا، ولا مُعتبَرَ بكونه موجودًا بالقوَّة؛ لأنَّ عامَّةَ الممكِناتِ كذلك، ولا تُسمَّى موجودةً(٤).

[٢] قولُه: (أي: لا تجوزُ هذهِ الهبات) أي: لا يثبتُ بها الملكُ كما مرَّ غيرَ مرَّةٍ.

[٣] قولُه: (بلا قَبضٍ جَديدٍ) ومعنى تجديدِ القبض: أن ينتهيَ إلى موضعٍ فيه العين، ويمضيَ وقتٌ يتمكَّنُ فيه من قبضها.

[٤] قولُه: (بالعَقدِ) أي: تمَّ به، والقبضُ فيه بإعلام ما وهبَه له، وليس الإشهادُ بشرطٍ، إلَّا أنَّ فيه احتياطًا للتَّحرُّز عن جحود الورثةِ بعد موته، أو جحودِه بعد إدراك الولد.

---

(١) أي: لا تصحُّ الهبة، و«إن» للوصل. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٦٢).

(٢) فإنَّه محلٌّ للتَّمليك؛ لكونه موجودًا وقت العقد، ويتصوَّر القبض فيه، لكن لا على سبيل الكمال، ولهذا يصحُّ بيعه بالإجماع. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٦٥).

(٣) في (م١) و(م٢): «ويتمُّ».

(٤) في جميع النُّسخ عدا (ح٥): «موجودًا».

وما وَهَبَ أجنبيٌّ له(١) بقَبضِهِ[١] عاقِلًا، أو قَبضِ أبيهِ، أو جَدِّهِ، أو وَصيِّ أحَدِهما(٢)، أو أُمٍّ هو معَها[٢]، أو أجنَبيٍّ يُرَبِّيهِ[٣] وهو معَهُ، أو زَوجِها لها(٣) بعدَ الزَّفافِ) أي:

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه:** (بقَبضِهِ) أي: تمَّ ما وهبَ أجنبيٌّ للطِّفل بقبضه لنفسه(٤).

[٢] **قولُه:** (هو معَها) أي: الولدُ في عيال الأمِّ، قيَّدَ به؛ ليكونَ لها عليه نوعُ ولايةٍ، واعتُبِرَ فيه أيضًا موتُ الأبِ وعدمُ الوصيِّ؛ لأنَّ عند وجودِهما ليس لها ولايةُ القبض، هذا على كون الواهبِ أجنبيًّا والأمِّ قابضةً له، وكذا الحالُ لو كانتِ الأمُّ واهبةً وقابضةً له، كذا في «العناية»(٥).

[٣] **قولُه:** (أو أجنبيٌّ يُرَبِّيهِ) أي: تمَّ ما وهبَ أجنبيٌّ للولد بقبضِ أجنبيٍّ آخرَ هو في كنَفه وحمايتِه؛ لأنَّ له يدًا معتبَرةً عليه، ألا يُرى أنَّ أجنبيًّا آخرَ لا يقدرُ على نزعه من يده، فيملكُ ما يتمحَّضُ نفعًا في حقِّه، لكنْ بشرط(٦) أن لا يوجدَ أبٌ، ولا جدٌّ، ولا وصيُّ أحدِهما(٧).

---

(١) أي: للصَّغير.

(٢) أي: أبيه أو جدِّه؛ لأنَّ لهؤلاء ولايةً عليه.

(٣) أي: تتمُّ الهبة بقبض زوج الصَّغيرة لها.

(٤) **فإن قيل:** عقل الصَّبيِّ إن كان معتبرًا: وجب أن لا يجوز اعتبار الحلِف؛ كالأب والجدِّ ووصيِّهما مع وجود أهليَّته، وإن لم يكن معتبرًا: وجب أن لا يصحَّ قبضه.
قلنا: عقله معتبرٌ في تحصيل ما هو نفعٌ محضٌ لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار الحلف توفيرها أيضًا؛ لأنَّه ينفتح به بابٌ آخرُ لتحصيلها، فكان جائزًا نظرًا له، كذا في «العناية»: (٩/ ٣٤) (مِنهُ).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٣٣).

(٦) في (ح٥): «يشترط».

(٧) لكن لا تبطل بذلك ولاية الأب، حتَّى لو قبضها: جاز، وكذا لو قبضت بنفسها، كذا في «العناية»: (٩/ ٣٤) (مِنهُ).

زوجِ الطِّفلِ(١) الموهوبِ لها لأجلها لكن بعد الزَّفاف[١].

(وصَحَّ هِبَةُ اثنَينِ دارًا لواحِدٍ)؛ لأنَّ الكلَّ يقعُ في يده بلا شيوعٍ(٢).

(وعَكسُهُ: لا) أي: هبةُ واحدٍ لاثنَينِ دارًا: لا تصحُّ عند أبي حنيفة.

وعندهما: تصحُّ؛ لأنَّ التَّمليكَ واحدٌ، فلا شيوع[٢]، كما إذا رهنَ من رجلَين.

وله: أنَّ هذه هبةُ النِّصفِ من كلِّ واحدٍ، فيثبتُ الشُّيوع، بخلاف الرَّهن؛ لأنَّه محبوسٌ بدَين كلِّ واحدٍ بكماله.

(كتَصَدُّقِ عَشَرَةٍ على غَنيَّينِ، وصَحَّ على فَقيرَينِ) أي: إذا تصدَّقَ بعشَرةٍ على غنيَّين: لا يصحُّ عند أبي حنيفة، وكذا إذا وهبَ لهما للشُّيوع.

وعندهما: تصحُّ الهبة؛ لأنَّه لا شيوعَ عندهما، كما في هبة واحدٍ دارًا منَ اثنَين، فكذا تصحُّ الصَّدقة؛ لأنَّ الصَّدقةَ على الغنيَّين يُرادُ بها الهبةُ مجازًا، والهبةُ جائزةٌ.

[١] قولُه: (لكن بعدَ الزَّفافِ)؛ لأنَّ الأبَ قد فوَّضَ أمورَها إلى الزَّوج حيثُ بعثَها إلى بيته وهي صغيرةٌ، وأقامَه مَقامَ نفسِه في حفظها وحفظِ مالِها، وقبضُ الهبةِ من حفظ المال.

[٢] قولُه: (فلا شيوعَ)؛ لأنَّ اللهَ تعالى واحدٌ لا شريكَ له، فيقعُ جميعُ العينِ لله تعالى على الخُلوص، فلا شيوعَ في الصَّدقة، وأمَّا الهبة: فيُرادُ به وجهُ الغنى، والفرضُ أنَّهما اثنان.

(١) يكون لفظ «الطِّفل» بلفظٍ واحدٍ للمذكَّر والمؤنَّث والجمع. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٦٨).

(٢) أي: أنَّ الواهبين سلَّما تلك الدَّار جملةً، والموهوب له قبضها جملةً، ولا شيوع في ذلك. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٦٩).

ولو تصدَّقَ بعشَرةٍ على فقيرَين، أو وهبَ العشَرةَ لهما: جاز بالاتِّفاق؛ لأنَّ الصَّدقةَ يُرادُ بها وجهُ اللهِ تعالى، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الصَّدقةُ تقعُ في كفِّ الرَّحمنِ قبلَ أن تقعَ في كفِّ الفقيرِ»[1]، فلا شيوع.

وأمَّا الهبةُ على الفقير: فهي صدقةٌ، والصَّدقةُ جائزةٌ، فكذا الهبة.

(١) لم أجده بهذا اللَّفظ، وجاء بمعناه ما أخرجه مسلمٌ: (١٠١٤) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما تصدَّق أحدٌ بصدقةٍ من طيبٍ، ولا يقبل الله إلَّا الطَّيِّب، إلَّا أخذها الرَّحمن بيمينه، وإن كانت تمرةً، فتربو في كفِّ الرَّحمن حتَّى تكون أعظم من الجبل، كما يربِّي أحدكم فلوَّه أو فصيله».

بابُ الرُّجوعِ فيها(١)

(ومَن وَهَبَ فرَجَعَ: صَحَّ[١]) هذا عندنا؛ لقوله صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُثَبْ(٢)**»(٣) أي: ما لم يُعوَّض[٢].

بابُ الرُّجوعِ فيها(٤)

[١] **قولُه**: (فرَجَعَ: صَحَّ)؛ لبيان الحكم، فلا تُنافيه الكراهيَةُ(٥)؛ لأنَّها لازمةٌ؛ لقوله صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «**العائدُ في هبته(٦) كالعائدِ في قيئه**»(٧)، وهذا لاستقباحه لا لتحريمه.

[٢] **قولُه**: (أي: ما لم يُعوِّض) عُلِمَ منه أنَّ الثَّوابَ هو العوضُ والجزاءُ كما فُهِمَ منَ الصِّحاح(٨)، وقد طعنَ الأتقانيُّ(٩) على صاحب «الهداية» بأنَّ هذا كلامُ عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، وقد أوردَه في أسلوب كلامِ النَّبيِّ صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ.

---

(١) في (ش٢) و(ش٥): «عنها»، والمثبت موافق للهداية.

(٢) في (ش١) و(ش٣): «يثبت»، والمثبت موافق للمصادر.

(٣) أخرجه ابن ماجه في «سننه»: (٢٣٨٧) والدَّارقطنيُّ في «سننه»: (٢٩٧٠) من حديث أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(٤) في (ح١) و(ح٤) و(ح٥): «عنها».

(٥) كُتِبَ على هامش (ح٥): «ويكره؛ أي: الرُّجوع تحريمًا؛ لأنَّ الإمام الزَّاهديَّ قد وصف الرُّجوع بالقبح، وكذا الحدَّاديُّ وكثيرٌ من الشَّارحين، ولا يُقال للمكروه تنزيهًا: قبيحٌ؛ لأنَّه من قبيل المباح، أو قريبٌ منه كما في «المنح». «مجمع الأنهر»: (٢/ ٣٦٠).

(٦) في (ح١) و(ح٤): «الهبة».

(٧) أخرجه البخاريُّ (٢٥٨٩)، ومسلمٌ (١٦٢٢) من حديث ابن عبَّاسٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا.

وكتب على هامش (ح٥): قوله: «كالعائد في قيئه»، وفي روايةٍ: «كالكلب يعود إلى قيئه»، وفي روايةٍ: «لا يحلُّ للواهب أن يرجع في هبته»: «مجمع الأنهر»: (٢/ ٣٥٩).

(٨) «الصِّحاح»: (ثوب).

(٩) «غاية البيان»: (١٣/ ١٧٤).

وعند الشَّافعيّ(١): لا يصحُّ إلا في هبةِ الوالدِ لولدِه؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يرجِعُ الواهبُ في هبةٍ إلّا الوالدَ فيما يهَبُ لولده**»(٢).

ونحن نقول[١]: أي: لا ينبغي أن يرجعَ إلّا الوالدُ، فإنَّه يتملَّكُ للحاجة.

ذخيرة العقبى

[١] **قولُه**: (ونحنُ نقولُ به... إلخ) **لا يُقال**: ظاهرُه مشعِرٌ بجواز رجوعِ الوالدِ منَ الولد، فيكونُ مخالفًا لعدِّ القرابةِ منَ الموانع؛ لكونها موجودةً بينَهما على وجه الكمال، وقد صرَّحَ في «البيانيَّة» بعدم جوازِ هذا الرُّجوعِ عندنا، وجوازِه عند الخصم(٣).

لأنَّا نقول: ليس مرادُ الشَّارحِ التزامَ جوازِ الرُّجوعِ منَ الوالد بالمعنى المشهور؛ بل مرادُه: تأويلُ الحديثِ على وجهٍ يُفهَمُ منه جوازُ الرُّجوعِ المشهورِ منَ الأجنبيِّ وغيرِه منَ الولد حيثُ قال: «فإنَّه يتملَّكُه» بدلَ: فإنَّه يرجعُ عليه، يؤيِّدُ هذا الجوابَ جوابُ الأكملِ عنِ استدلال الشَّافعيِّ(٤) بهذا الحديثِ حيثُ قال(٥): ((يعني: لا يستقلُّ الواهبُ بالرُّجوع في الهبة، ولا يتفرَّدُ به من غير قضاءٍ أو رِضاءٍ إلّا(٦) الوالدَ، فإنَّ له ذلك إذا احتاجَ إليه لحاجته، ويُسمَّى ذلك رجوعًا باعتبار الظَّاهرِ وإن لم يكن رجوعًا في الحكم)) انتهى.

---

(١) ينظر: «الغرر البهيَّة»: (٣/ ٣٩١).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده»: (٢١١٩) وأبو داود في «سننه»: (٣٥٣٩) والتِّرمذيُّ في «سننه»: (٢١٣٢) والنَّسائيُّ في «سننه»: (٣٦٩٠) من حديث ابن عمر وابن عبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

(٣) حيث قال (١٣/ ١٦٧): ((أمَّا الوالد إذا وهب لولده شيئًا: فعندنا ليس له حقُّ الرُّجوع، وعند الشَّافعيّ: له حقُّ الرُّجوع))، انتهى، وقد صرَّح به قاضيخان أيضًا: (٣/ ٢٧٢) (مِنهُ).

(٤) ينظر: «الحاوي»: (٧/ ٥٤٥)، و«نهاية المطلب»: (٨/ ٤٢٣).

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٤١). وفيه بدل «يستقلُّ»: «يستبدُّ».

(٦) وقد فُسِّرَ كذلك «إلَّا» في الحديث بـ«ولا»، كما في قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾ [البقرة: ١٥٠]، بمعنى: ولا الذين، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا﴾ [النساء: ٩٢] بمعنى: ولا خطأً، كذا نُقِلَ من «المبسوط»: (١٢/ ٥٥) (مِنهُ).

[موانعُ الرُّجوعِ في الهبة]

١- (ومَنَعَهُ الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ؛ كبِناءٍ، وغَرسٍ[1]، وسِمَنٍ، لا المُنفَصِلَةُ(١)) وهي مثلُ الولد.

٢- (ومَوتُ أحَدِ العاقِدَينِ(٢)).

ذخيرة العقبى

ومن أدلَّة جوازِ الرُّجوع: قولُهم: إنَّ المقصودَ بالعقد: هو التَّعويضُ للعادة(٣)، فيثبتُ ولايةُ(٤) الفسخ.

واعترَضَ عليه السَّماويُّ(٥) بأنَّه(٦) على هذا التَّعليلِ لو قيَّدَ بنفي العوض: ينبغي أن يمتنعَ الرُّجوع؛ لأنَّه ظهرَ أنَّ العوضَ ليس بمقصودٍ، ولكنَّ قولَه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما لم يُعوَّضْ»(٧) يدلُّ على جواز الرُّجوعِ وإن قُيِّدَ بنفي العوض، فليُتأمَّلْ.

[١] قولُه: (وغَرسٍ) مِن: غرسَ الشَّجرَ: أنبتَها وسقاها.

والسِّمَنُ - بكسر السِّين -: ضدُّ الهُزال.

---

(١) في (م١) و(م٢): «متصلة... لا منفصلة».

(٢) أي: ويمنع الرُّجوع موت أحد العاقدين من الواهب والموهوب له. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٧٨).

(٣) يعني: أنَّ العادة الظَّاهرة أنَّ الإنسان يهدي إلى مَن فوقه ليصونه بجاهه، وإلى مَن دونه ليخدمه، وإلى من يساويه ليعوِّضه، وإذا تطرَّق الخلل فيما هو المقصود من العقد: يتمكَّن العاقد من الفسخ؛ كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا، فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود؛ إذ العقد يقبله، كذا في «العناية»: (٩/ ٤٠) (مِنهُ).

(٤) في (ح٣): «دلالة».

(٥) أعني: بدرَ الدِّين الشَّهيرَ بابن السَّماويِّ (مِنهُ). «التَّسهيل شرح لطائف الإشارات»: (ق:٢٦١).

(٦) في (ح١) و(ح٢) و(ح٣) و(ح٤): «بأن».

(٧) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

٣- (وعِوَضٌ أُضيفَ إليها(١) ولو مِن أجنَبيٍّ[١] بنَحوِ: «خُذهُ[٢] عِوَضَ هِبَتِكَ» فقَبَضَ، فلو وُهِبَ ولم يُضَفْ[٣]: رَجَعَ[٤] كُلٌّ بهِبَتِهِ).

٤- (وخُروجُها عن مِلكِ المَوهوبِ لهُ(٢)).

٥- (والزَّوجيَّةُ وَقتَ الهِبَةِ، ولو(٣) وَهَبَ لها فنكَحَها: رَجَعَ، ولو وَهَبَ(٤)

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (ولو مِن أجنبيٍّ) يعني: إن عوَّضَه أجنبيٌّ عنِ الموهوب له(٥)، فقبضَه الواهب: بطلَ الرُّجوع.

[٢] وقولُه: (بنَحوِ: خُذهُ) شروعٌ لبيان جنسِ الألفاظِ المستعمَلةِ في العوض عنِ الهبة بحيثُ يبطلُ به الرُّجوع، ولفظُ «نحو» إشارةٌ إلى جواز «خُذْ هذا بدلًا عنها»، أو: «في مقابلتها»، أو: «جزائها»، أو ما في معناها.

[٣] قولُه: (ولم يُضَفْ) يعني: إذا وهبَ الموهوبُ له شيئًا ولم يعلمْ أنَّه عوضُ هبته كان هبةً(٦) مبتدَأةً، فلكلٍّ واحدٍ منهما أن يرجعَ بهبته.

[٤] قولُه: (رَجَعَ)؛ لأنَّها لمَّا(٧) كانت أجنبيَّةً وقتَ الهبة: عُلِمَ أنَّ مقصودَه العوضُ ولم يحصُلْ، فله أن يرجعَ فيها.

---

(١) أي: إلى الهبة، بأن قال: «خذ هذا عوضًا عن هبتك»، أو: «بدلًا عن هبتك». «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٦٧).

(٢) أي: منع الرُّجوع بها إذا خرجت من ملك الموهوب له.

(٣) في (م١) و(م٢): «فلو».

(٤) في (ش٣) زيادة قوله: «ولم يضف رجع».

(٥) لأنَّ العوض لإسقاط الحقِّ، فيصحُّ من الأجنبيِّ كبدل الخلع والصُّلح، كذا في «الهداية»: (٣/ ٢٢٦) (مِنهُ).

(٦) في (ح١) و(ح٤): «هبة كان هبته»، وفي (ح٣): «هبته كانت هبةً».

(٧) في (ح٥): «لو».

فأبانَ: لا[١]).

٦- (وقَرابَةُ المَحرَميَّةِ[٢]).

٧- (وهَلاكُ المَوهوبِ[٣]).

* (وضابِطُها حُروفُ: «دَمعٍ خَزِقَه»[٤]) قد قيلَ [منَ الرَّجَز]:

ومانِعٌ حقَّ الرُّجُوعِ في الهبةْ ۞ يا صاحِبي حُروفُ «دَمعٍ خَزِقَهْ»

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (لا) يعني: لو وهب فطلَّق بائنًا: لا يرجع؛ لأنَّ وقوعَها وقتَ قيامِ الزَّوجيَّةِ دليلُ عدمِ رجاءِ العوض.

[٢] قولُه: (وقرابةُ المَحرَميَّةِ) أي: قرابةُ ذي رحمٍ محرَمٍ؛ كالأصولِ والفروعِ النِّسبيَّة، أمَّا إذا كان ذا رحمٍ وليس بمحرَمٍ؛ كأولادِ الأعمامِ مثلاً، أو محرَمًا وليس بذي رحمٍ؛ كالأصولِ والفروعِ الرَّضاعيَّة، وكالمحارمِ بالمصاهَرة(١)؛ كأمَّهاتِ الأزواجِ وبناتِهِنَّ من آخرَ، وأزواجِ الفروع: فلا منعَ للرُّجوع فيها.

[٣] قولُه: (وهَلاكُ المَوهوبِ) ولوِ ادَّعى الموهوبُ له الهلاك: صُدِّقَ بلا يمينٍ، كذا في «الكافي»(٢).

[٤] قولُه: (دَمعٍ خَزِقَهْ) **الخَزْق**: الطَّعن، **والخازق**: السِّنان، فكأنَّه شبَّهَ الدَّمعَ

(١) **المصاهرة**: هي القرابة بسبب الزَّوجيَّة، كذا في «غاية البيان» نقلًا من «المغرب» (مِنهُ).

(٢) «الكافي»: (٨/ ٢٤٣).

وكُتِبَ على هامش (ح٥): وفي «الخلاصة»: ((لو قال الموهوب له: «هلكت»: فالقول قوله، ولا يمينَ عليه، وإن قال الواهب: «هي هذه»، حلف المنكِر أنَّها ليست هذه كما يحلف الواهب أنَّ الموهوب له ليس بأخيه إذا ادَّعى الأخ عليه ذلك كما في «المنح»، وفي الزِّيادة قول الواهب؛ أي: لو ادَّعى الموهوب له ازدياد ما في يده زيادةً متَّصلةً، وأنكرها الواهب: فيكون القول له خلافًا لزفر. «مجمع الأنهر»: (٢/ ٣٦٣).

فالدَّال: الزِّيادة، **والميم**: الموت، **والعين**: العوض، **والخاء**: الخروج، **والزَّاء**: الزَّوجيَّة، **والقاف**: القرابة، **والهاء**: الهلاك.

ذخيرة العقبى

بالسِّنان، فإن أردتَ أن تعرفَ وجهَ مانعيَّةِ[1] كلِّ واحدٍ من هذه الأمورِ السَّبعة: فاستمِعْ لما يُتلى عليك.

أمَّا الزِّيادة: فلأنَّه لا وجهَ إلى الرُّجوع فيها دونَ الزِّيادة؛ لامتناع الفصل، ولا معَها؛ لعدم دخولِها تحت العقد، لكنَّ المرادَ: هو الزِّيادةُ المؤثِّرةُ في زيادة القيمة؛ لأنَّها لو لم تكنْ كذلك: عادَتْ نقصًا، فرُبَّ زيادةٍ صورةً كانت نقصًا في المعنى؛ كالأصبعِ الزَّائدةِ وطولِ الغلام، فإنَّهما يورِثانِ نقصًا، كذا في «الأكمليَّة»[2] وغيرِها[3].

وأمَّا الموت: فلأنَّ بموت الموهوبِ له ينتقلُ المِلكُ إلى الورثة، وخرجَ عن مِلكه، فصار كما إذا انتقلَ في حال حياتِه، وإن ماتَ الواهب: فوارثُه أجنبيٌّ عنِ العقد، إذ هو ما أوجبَه.

وأمَّا العِوَض: فلأنَّ حقَّ الرُّجوعِ لخللٍ[4] في مقصوده، وقد عدِمَ ذلك بوصول العِوَضِ إليه، وليس من شرط العِوَضِ أن يسُاويَ الموهوب؛ بلِ القليلُ والكثيرُ، الجنسُ وخلافُه سواءٌ؛ لأنَّها ليست بمعاوضةٍ[5] محضةٍ، فلا يتحقَّقُ فيها الرِّبا، ويُشترَطُ أن لا يكونَ العوضُ بعضَ الموهوب؛ كالبيتِ منَ الدَّار، والدِّرهمِ منَ

(١) في (ح٣): «نفي».
(٢) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٤٢).
(٣) قوله: «لكنَّ المراد هو الزِّيادة... كما في الأكمليَّة وغيرها» جاء على هامش (ح١) و(ح٢) وكتب بعده: (مِنهُ).
(٤) في (ح٢) و (ح٣): «يخلِّل»، وفي (ح٥): «يخلُّ».
(٥) في (ح١) و (ح٢) و(ح٣): «بمفاوضةٍ».

(ورَجَعَ في استِحقاقِ نِصفِ الهِبَةِ بنِصفِ عِوَضِها[1]، لا في استِحقاقِ بنِصفِ(١) العِوَضِ حتَّى يَرُدَّ ما بَقِيَ) هذا عندنا.

وعند زفر: يرجعُ بالنِّصف؛ اعتبارًا بالعوض الآخَر.

ولنا: أنَّه ظهرَ بالاستحقاق أنَّ العوضَ هو الباقي فقط، فما لم يرُدَّ(٢): لا يرجعُ بالهبة، وإنَّما يكونُ له حقُّ الرَّدِّ؛ لأنَّه لم يسقُط حقُّ الرُّجوعِ إلَّا أن يسلمَ له كلَّ العوض، ولم يُسلِّم.

(ولو عَوَّضَ نِصفَها رَجَعَ بما لم يُعَوِّض(٣)، فلو باعَ نِصفَها أو لم يَبِع شَيْئًا:

ذخيرة العقبى

الألف، فإنَّه لا ينقطعُ به حقُّ الرُّجوع(٤)(٥).

وأمَّا الخروج: فلأنَّ تبدُّلَ المِلكِ كتبدُّلِ العين، وقد تبدَّلَ المِلكُ بتبدُّل السَّبب.

وأمَّا الزَّوجيَّة: فلأنَّ المقصودَ هو صلةٌ يحصلُ بها، فإنَّها واجبةٌ في المحارم، وكلُّ عقدٍ أفادَ مقصودَه: يلزم، وهذا بعينه موجودٌ في القرابة المحرَميَّة.

وأمَّا الهلاك: فلتعذُّر الرُّجوعِ بعدَه.

[١] قولُه: (بنِصفِ عِوَضِها) أي: إن كان عينُ العِوَضِ قائمًا، وإن كان هالكًا: فبنصف قيمتِه.

---

(١) في (م١) و(م٢): «نصف». (٢) قوله: «فما لم يرد» في (ش١): «ولم يرد».

(٣) أي: ولو عوَّض عن نصف الهبة فللواهب أن يرجع بما لم تعوَّض؛ لأنَّ المانع قد خصَّ النِّصف. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٨٥).

(٤) قوله: «وليس من شرط العوض.. حقُّ الرُّجوع»: سقط من (ح٣).

(٥) لأنَّا نعلم أنَّ قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك، فلا يحصل به خلافًا لزفر، فإنَّه قال: التحق ذلك بسائر أمواله، وبالقليل من ماله ينقطع الرُّجوع، فكذا بهذا، والجواب: أنَّ الرُّجوع فيه قبل العوض صحيحٌ دونَ سائر أمواله، فلم يلتحق به، كذا في «العناية»: (٩/ ٤٤) (مِنهُ).

رَجَعَ في النِّصفِ)(١)؛ لأنَّه له الرُّجوعُ في الكلِّ، ففي النِّصف أولى.

(ولا يَصِحُّ(٢) إلَّا بتَراضٍ[١] أو بحُكمِ قاضٍ، فلو أعتَقَ المَوهوبَ بعدَ الرُّجوعِ قبلَ القَضاءِ(٣): صَحَّ)(٤) أي: أعتقَ الموهوبُ له الموهوبَ(٥) (ولو مَنَعَهُ فهَلَكَ: لم يَضمَن) أي: منعَ الموهوبُ له الموهوبَ(٦) عنِ الواهب بعدما رجع، لكن لم يقضِ القاضي، فهلكَ الموهوبُ في يد الموهوبِ له: لا يضمَن.

وكذا إن هلكَ في يده بعدَ قضاء القاضي؛ لأنَّ يدَه غيرُ مضمونةٍ؛ إلَّا إذا طلبَه[٢] فمنعَه معَ القدرة على التَّسليم.

(وهو معَ أحَدِهما) أي: الرُّجوعُ معَ التَّراضي، أو قضاءِ القاضي: (فَسخٌ مِنَ الأصلِ، لا هِبَةٌ للواهِبِ، فلم يُشتَرَط قَبضُهُ(٧)، وصَحَّ في المَشاعِ(٨)).

---

[١] قولُه: (إلَّا بتَراضٍ... إلخ)؛ لأنَّه مختلَفٌ فيه بينَ العلماء، وفي أصله ضَعفٌ؛ لأنَّه ثبتَ(٩) بخلاف القياس؛ لكونه تصرُّفًا في مِلك الغير، وفي حصول المقصودِ خفاءٌ.

[٢] قولُه: (إلَّا إذا طلبَه) أي: بعد القضاء.

---

(١) في المطبوع زيادة قوله: «يعني: إن باع الموهوب له نصف الهبة، فللواهب أن يرجع في النِّصف الباقي، وكذا إذا لم يبع شيئًا، فللواهب حق الرُّجوع؛ لأنَّ له...».

(٢) أي: الرُّجوع في الهبة.

(٣) في (ش١): «القبض».

(٤) في (ش١) زيادة قوله: «لأن له الرجوع قبل القضاء صح».

(٥) قوله: «له الموهوب»: سقط من (ش١) و(ش٣).

(٦) قوله: «له الموهوب»: سقط من (ش١).

(٧) في (ش٣) زيادة: «له». أي: قبض الواهب. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٧٠).

(٨) أي: وصحَّ الرُّجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة، بأن وهب وأراد الرُّجوع في نصفها؛ لأنَّ اعتبار القبض ومنع المشاع إنَّما يكون في انتقال الملك لا في عود الملك القديم. «زبدة النِّهاية»: (٦/ ٤٨٨).

(٩) لأنَّه إن كان هو الثَّواب: فقد حصل، وإن كان العوض: لم يحصل، فإذا تردَّد لا بدَّ من الفصل بالرِّضا أو القضاء، كذا في «العناية»: (٩/ ٤٦) (مِنهُ).

(فإن تَلِفَ المَوهوبُ) أي: في يد الموهوبِ له (فاستُحِقَّ، فضَمِنَ المَوهوبُ له: لم يَرجِع على واهِبِهِ)؛ لأنَّ الهبةَ عقدُ تبرُّعٍ، فلا يستحقُّ فيها السَّلامة[١].

(وهي بشَرطِ العِوَضِ هِبَةٌ ابتِداءً(١)[٢]، فشُرِطَ قَبضُهُما(٢)، وتَبطُلُ بالشُّيوعِ)

ذخيرة العقبى

[١] قولُه: (فلا يستحقُّ فيها السَّلامة) فإن قيل: غرَّه بإيجابه المِلكَ له في المحلِّ، وإخبارِه(٣) بأنَّه يملكُه، والغرورُ يوجبُ الضَّمانَ؛ كالبائعِ إذا غرَّ المشتري.

قلنا: إنَّ الغرورَ سببُ الرُّجوعِ لا مطلقًا؛ بل في ضمن عقدِ المعاوضة.

اعترضَ عليه الأتقانيُّ في «غايته»(٤): بأنَّ المودَعَ يرجعُ على المودِعِ بما ضمنَ معَ عدمِ المعاوضة، ويُمكنُ أن يُتكلَّفَ ويُقال: إنَّ المودَعَ عاملٌ للمالك في حفظ وديعتِه، ولا رجوعَ إلَّا لهذا، لا للغرور، وأمَّا الموهوبُ له: فغيرُ عاملٍ للواهب، فلو رجع: رجع المغرور(٥)، والغرورُ لا يكونُ سببَ الرُّجوعِ في غيرِ عقْدِ المعاوضة، فلا غبارَ أصلًا.

وذكرَ في «الذَّخيرة»: ((أنَّ الواهبَ لو ضمنَ سلامةَ الموهوبِ للموهوب له نصًّا: فإن ضمنَ بعد الاستحقاق: رجعَ على الواهب، فكان سببُ الرُّجوعِ إمَّا الغرورَ في ضمن المعاوضة، أوِ الضَّمانَ نصًّا))، كذا في «العناية»(٦).

[٢] قولُه: (هِبَةٌ ابتِداءً) فإن قيل: لِمَ لمْ يعكسِ الأمر؟

---

(١) أي: بأن قال الواهب: «وهبت لك هذا العبد على أن تعوِّضني هذا الثَّوب». «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٧١).

(٢) في (ش٢) و(ش٤) و(م١) و(م٢) زيادة قوله: «في العِوَضَينِ»، والصَّواب عدم إثباتها كما سيُشِير إليها المُحشي، وكذا أسقطها العلَّامة ابن كمال باشا من «إصلاحه»: (٢/ ٢٣٨).

(٣) في بعض النُّسخ: «واختيار»، وفي بعضها: «وفي إخباره».

(٤) «غاية البيان»: (١٣/ ٢٠٠).

(٥) «رجع المغرور» في (ح٢) و(ح٣) و(ح٥): «للغرور».

(٦) «الذَّخيرة البرهانيَّة»: (٩/ ١٥٤)، و«العناية شرح الهداية»: (٩/ ٤٩).

أي: يجوزُ أن يكونَ «قبضُهما» من باب إضافةِ المصدرِ إلى الفاعل، والمفعولُ محذوفٌ للدَّلالة، ويجوزُ أن يكونَ على العكس[١] (بَيعٌ انتِهاءً، فيُرَدُّ بالعَيبِ وخيارِ الرُّؤيَةِ، وتَثبُتُ الشُّفعَةُ) هذا عندنا.

وعند زفرَ والشَّافعيِّ(١): هي بيعٌ ابتداءً وانتهاءً؛ لأنَّ الاعتبارَ للمعاني[٢].

قلنا: مشتملٌ على المعنيَين[٣]، فيُجمَعُ بينهما ما أمكن.

قلنا: لأنَّ انعقادَ العقدِ باللَّفظ، والمقصودُ هو الحكم، وأوانُه بعد تمام العقد، فعند الانعقادِ اعتبَرنْا اللَّفظ؛ لأنَّ العقدَ به ينعقد، وعند التَّمامِ اعتبَرْنا المقصود، كذا في «الكفاية»(٢).

[١] **قولُه:** (ويجوزُ أن يكونَ على العكسِ) هذا صريحٌ في أنَّ نسخةَ الشَّارحِ خاليةٌ عن لفظ «العِوضَينِ» الذي وقعَ في أكثر النُّسخِ عَقيبَ «قبضُهما» كما لا يخفى.

[٢] **قولُه:** (لأنَّ الاعتبارَ للمعاني) ألا يُرى أنَّه لو وهبَ ابنتَه لرجلٍ: يكونُ نكاحًا، ولو وهبَ امرأتَه لنفسها: يكونُ طلاقًا، ولو وهبَ الدَّينَ لمَن عليه الدَّين: يكونُ إبراءً؟ فاللَّفظُ واحدٌ، واختلفَ العقود لاختلاف المعنى المقصود، كذا في «الكفاية»(٣).

[٣] **قولُه:** (على المعنيَين) أي: معنى الهبةِ لفظًا، ومعنى البيعِ معنًى، وكلُّ ما اشتملَ على معنيَينِ(٤) أمكنَ الجمعُ بينَهما: وجبَ إعمالُهما؛ لأنَّ أعمالَ الشَّبهَينِ(٥) ولو بوجهٍ: أَولى من إهمال أحدِهما، أمَّا الاشتمالُ على المعنيَين(٦): فظاهرٌ، وأمَّا

---

(١) ينظر: «المجموع»: (١٢/ ٣٠٢).
(٢) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٩).
(٣) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٩).
(٤) في «العناية»: «جهتين».
(٥) في (ح٢) و (ح٣) و(ح٤): «الشَّيئين»، والمثبت موافقٌ لـ «العناية».
(٦) في «العناية»: «الجهتين».

فإن قلتَ: الهبةُ تمليكُ العينِ بلا عِوضٍ، والبيعُ تمليكُ العينِ بعوضٍ، فكيف يُجمَعُ بينهما؟ وأيضًا التَّمليكُ لا يجري فيه الشَّرط، فقولُه: «وهَبتُ لك هذا على أن تهَبَ لي ذلك»[١]: صار بمعنى: ملَّكتُك على(١) هذا بذلك.

قلتُ: يُحمَلُ على معنيَينِ في حالَين؛ كالابتداءِ والبقاء، والتَّمليكُ لا يجري فيه شرطٌ(٢) يصيرُ به قِمارًا[٢]، فأمَّا الشَّرطُ الذي يصيرُ في المآل عوضًا(٣) صحيحًا: فالتَّمليكُ لا يُنافيه، فيكونُ شرطًا ابتداءً؛ اعتبارًا للعبارة، حتَّى لا يصيرُ كالبيع لازمًا قبلَ القبض، لكنَّه شرطٌ بمعنى العوَض؛ اعتبارًا لما يؤولُ إليه، حتَّى يترتبُ عليه أحكامُ البيعِ حالةَ البقاءِ لا في الابتداء.

ذخيرة العقبى

إمكانُ الجمع: فلأنَّ الهبةَ من حكمها تأخُّرُ المِلكِ إلى القبض، وقد يوجَدُ ذلك في البيع الفاسد، والبيعُ من حكمه اللُّزوم، وقد يوجَدُ ذلك في الهبة التي قبضَ عوضَها(٤)، وإذا انتفى المنافاة: أمكنَ الجمعُ لا محالة، فعمِلْنا بهما، كذا في «العناية»(٥).

[١] قولُه: (على أن يهبَ) هذا في كلمة «على»، أمَّا لو ذكرَه بالباء بأن قال: «وهبتُ منكَ هذا العبدَ بثوبكَ هذا»، أو: «بألف درهمٍ»، وقبِلَ الآخَر: يكونُ بيعًا ابتداءً وانتهاءً بالإجماع، كذا في «الكفاية»(٦)

[٢] قولُه: (يصيرُ بهِ قِمارًا) وهو - بكسر القاف -: اللَّعبُ بشرطٍ، كما هو المشهور.

---

(١) «على»: سقط من (ش٤).

(٢) في (ش١): «الشرط الذي».

(٣) في (ش٣) زيادة: «صريحا».

(٤) في (ح٣): «عوضًا»، وفي «العناية»: «العوض».

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٤٩).

(٦) «الكفاية شرح الهداية»: (٧/ ٥٠٩).

فصلٌ

[مسائلُ شتَّى]

(ومَن وَهَبَ أمَةً إلَّا حَملَها، أو على أن يَرُدَّها عليهِ أو يُعتِقَها، أو يَستَولِدَها، أو وَهَبَ دارًا، أو تَصدَّقَ بها على أن يَرُدَّ عليهِ شَيئًا منها، أو يُعوِّضَه شَيئًا منها: صَحَّتَ وبَطَلَ استِثناؤُهُ[١] وشَرطُهُ) رأيتُ في بعضِ الحواشي أنَّ قولَه: «أو يُعوِّضَه[٢]

فصلٌ(١)

[١] قولُه: (صَحَّتْ وبَطَلَ استثناؤُهُ(٢)) حتَّى صارَتِ الجاريةُ وحَمْلُها هبةً، صرَّحَ به في «النِّهاية»(٣).

[٢] قولُه: (أو يُعوِّضَه) ولا يُتوهَّمُ التَّكرارُ في قولِه: «على أن يردَّ(٤) عليه شيئًا

---

(١) زاد في (ح٣): «ومن وهبت أمةً».

(٢) لأنَّ الاستثناء لا يعمل إلَّا في محلٍّ يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل؛ لكونه وصفًا، والعقد لا يرِدُ على الأوصاف مقصودًا، حتَّى لو وهب الحمل لآخر: لا يصحُّ، فكذا إذا استثنى على ما مرَّ في البيوع، فإذا لم يكن الاستثناء عاملًا: انقلب شرطًا فاسدًا؛ لأنَّ اسم الجارية يتناول الحمل تبعًا لكونه جزءًا منها، فلمَّا استثني الحمل: كان الاستثناء مخالفًا لمقتضى العقد، وهو معنى الشَّرط الفاسد، والهبة لا تبطل بالشُّروط الفاسدة على ما سيجيء، وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصُّوف على الظَّهر، واللَّبن في الضَّرع، فإنَّه إذا وهب الصُّوف على الظَّهر وأمره بجزِّه، أو اللَّبن في الضَّرع وحلبه وقبض الموهوب له: فإنَّه جائزٌ استحسانًا دون الحمل.
وأجيب: بأنَّ ما في البطن ليس بمالٍ أصلًا، ولا يُعلَمُ له وجودٌ حقيقةً، بخلاف الصُّوف واللَّبن، وبأنَّ إخراج الولد من البطن ليس إليه، فلا يمكن أن يُجعلَ في ذلك نائبًا عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصُّوف، والحلب في اللَّبن، كذا في «العناية»: (٩/ ٥٠) (مِنهُ).

(٣) «النِّهاية شرح الهداية»: (٩/ ١٤٢).

(٤) في (ح٥): «يرده»، والمثبت موافقٌ لـ «العناية».

شيئًا» يرجعُ إلى التَّصدُّق، فإنَّه إذا تصدَّقَ بشرط العوضِ: بطَلَ الشَّرط، وإذا وهبَ بشرط العوض: فالشَّرطُ صحيحٌ.

أقول: إذا وهبَ بشرطِ أن يُعوِّضَ شيئًا: فالشَّرطُ باطلٌ، وشرطُ العِوضِ إنَّما يصحُّ إذا كان معلومًا، فعُلِمَ أنَّ قولَه: «أو يُعوِّضَه» يرجعُ إلى الهبة والصَّدقة.

(ولو أعتَقَ الحَملَ، ثمَّ وَهَبَها: صَحَّت) أي: الهبة؛ لأنَّ الحملَ لم يبقَ مِلكًا(1)، فإذا وهبَ الأمَّ: صارَ كأنَّه وهبَها[1] واستثنى الحمل، والهبةُ جائزةٌ.

ذخيرة العقبى

منها، أو يُعوِّضَه شيئًا منها»؛ لأنَّ الرَّدَّ عليه لا يستلزمُ كونَ المردودِ عوضًا، فإنَّ كونَه عوضًا إنَّما يكونُ بألفاظٍ تقدَّمَ ذكرُها(2)، كذا فُهِمَ من تقرير «العناية»(3).

[1] قولُه: (صارَ كأنَّهُ وهبَها... إلخ) وجهُ الشَّبه: أنَّ في صورة إعتاقِ الحملِ لا يبقى الحملُ على مِلك الواهب، فكذا في استثناء الحمل؛ لأنَّ الحملَ لا يبقى(4) على مِلك الواهبِ بعد الاستثناء؛ لعدم صحَّةِ استثناءِ الحمل(5)، كذا في «الكفاية»(6).

---

(1) في (ش1): «المكان».

(2) فقد تعرَّضت له في كتاب الشَّهادة، فليُرجَع إليه (مِنهُ).

(3) «العناية شرح الهداية»: (9/ 52).

(4) في (ح2): «لا يقع» والمثبت موافقٌ للمصدر.

(5) بخلاف الإعتاق، فإنَّه يزيل ملك المعتق، فإذا وهب الأمَّ بعد إعتاق الجنين: فالموهوب غير متَّصلٍ بما ليس بموهوبٍ في ملك الواهب، فهو كما لو وهب أرضًا فيها ابن الواهب واقفٌ، وسلَّمها إلى الموهوب له: فإنَّ الهبة تتمُّ، كذا ههنا، كذا في «الكفاية»: (7/ 511) (مِنهُ).

(6) «الكفاية شرح الهداية»: (7/ 511).

(ولو دَبَّرَهُ، ثُمَّ وَهَبَها: لا[(١)])؛ لأنَّ الحملَ بقيَ على ملكه، فلم يكن كالاستثناء[١]، ولا تنفذُ الهبةُ في الحمل، فبقيَ هبةُ شيءٍ مشغولٍ بملك الواهب، أو هبةُ المشاع[(٢)].

(ومَن قال لغَريمِهِ: «إذا جاءَ غَدٌ: فهو لك»، أو: «أنتَ منهُ بَريءٌ»: فهو باطِلٌ)؛ لما مرَّ أنَّ التَّعليقَ[٢] الصَّريحَ في الإبراء لا يصحُّ.

(وجازَ العُمرى للمُعمَرِ لهُ[(٣)] حالَ حَياتِهِ، ولوَرَثَتِهِ بعدَهُ، وهي: جَعلُ دارِهِ لهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ، فإذا ماتَ: تُرَدُّ عليهِ[(٤)]) أي: العُمرى: جَعلُ الدَّارِ له مدَّةَ عمُرِه معَ

[١] قولُه: (فلم يكن كالاستثناءِ) أي: في التَّجويز[(٥)]؛ لأنَّ الجوازَ في الاستثناء كان بإبطاله وجعلِ الحملِ موهوبًا، وههنا التَّدبيرُ يمنعُ عن ذلك.

[٢] قولُه: (لما مرَّ أنَّ التَّعليقَ... إلخ) بخلاف ما مرَّ في باب الصُّلحِ في الدَّين[(٦)]، وهو أنَّه إذا قال: «أدِّ إليَّ خمسَمئةٍ غدًا على أنَّكَ بريءٌ منَ الفضل»: فهو بريءٌ منَ الفضل إن أدَّى إليه الخمسَمئةِ غدًا، وإن لم يؤدِّ: عادَتِ الألفُ عليه؛ لأنَّ ثمَّةَ الإبراءَ غيرُ معلَّقٍ بالشَّرط؛ بل هو مقيَّدٌ بالشَّرط، والمقيَّدُ موجودٌ، والمعلَّقُ معدومٌ، وبينَهما فرقٌ معلومٌ، كذا في «غاية البيان»[(٧)].

---

(١) أي: لو دبَّر الحمل ثمَّ وهب الأمَّ: لا يصحُّ. «شرح ابن ملَك»: (٣/ ٤٧٣).
(٢) في (ش٢) زيادة: «لا يجوز».
(٣) أي: للموهوب له. و«له»: سقط من (م١) و(م٢).
(٤) أي: على الواهب.
(٥) في (ح٥): «الجواز».
(٦) ينظر: (٤/ ٦١٢).
(٧) «غاية البيان»: (١٣/ ٢١٤).

شرطِ أنَّ المعمَرَ له(١) إذا مات: تُرَدُّ على الواهب، وهذا الشَّرطُ باطلٌ، كما جاء به الحديث[١].

(وبَطَلَ الرُّقبى، وهي: «إن مِتُّ قَبلَكَ: فهو لك») الرُّقبى: اسمٌ مِنَ الرُّقوب(٢)، وهو الانتظار، فكأنَّه ينتظرُ أن يموتَ المالك، وهي باطلةٌ عند أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ؛ لأنَّه تعليقُ التَّمليكِ بخطرٍ[٢].

وعند أبي يوسُف: يصحُّ، لأنَّ معنى(٣) قولِه: «داري لك رُقبى» أي: إنَّ داري لك، وأنا أنتظرُ موتَك لتعودَ إليَّ، فتصحُّ، فيبطلُ الشَّرطُ[٣] كالعُمرى، فالاختلافُ

[١] **قولُه**: (كما جاءَ بِهِ الحديث) وهو قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَن أعمرَ عُمْرى: فهي لمُعمَره محياه ومماتَه**»(٤).

[٢] **قولُه**: (لأنَّهُ تعليقُ التَّمليكِ بخطرٍ) فلا يُفيدُ مِلكَ الرَّقبة، وإنَّما يكونُ عاريَّةً عنده، يجوزُ للمعمِرِ أن يرجعَ فيه ويبيعَه في أيِّ وقتٍ شاء؛ لأنَّه يتضمَّنُ إطلاقَ الانتفاع، كذا في «العناية»(٥).

[٣] **قولُه**: (فيصحُّ، ويبطلُ الشَّرطُ) فيكونُ هبةً عنده، حتَّى لو ماتَ المُرقَب: يكونُ ميراثًا بين ورثته، وقدِ اختارَه صاحبُ «البيان»(٦) حيثُ قال: ((وعندي أنَّ قولَ

(١) «له»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٣).

(٢) رقبته، ورقبته، وترقَّبته، وارتقبته، والرِّقبة بالكسر: اسمٌ منه، انتظرته، والجمع: الرُّقباء. «المصباح المنير»: (ر ق ب).

(٣) «معنى»: سقط من (ش١) و(ش٢) و(ش٤) و(ش٥).

(٤) أخرجه مسلمٌ (١٦٢٥) من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٥) «العناية شرح الهداية»: (٩/ ٥٥).

(٦) «غاية البيان»: (١٣/ ٢٢٣).

مبنيٌّ على تفسيرها[١].

(وصَـدَقَـةٌ[٢] كهِبَةٍ لا(١) تَصِحُّ إلَّا بقَبْضِهِ، ولا في شائعٍ يُقسَمُ) أي: إذا تصدَّقَ بنصف الدَّارِ: لا يصحُّ، بخلاف ما إذا تصدَّقَ بشيءٍ على فقيرَين كما مرَّ(٢).

(ولا عَودَ فيها(٣)) والفرقُ بينهما: أنَّ الرُّجوعَ لا يصحُّ في الصَّدقة؛ لأنَّه وصلَ إليه العوضُ، وهو الثَّواب[٣].

ذخيرة العقبى

أبي يوسفَ أصحُّ؛ إذ غايةُ ما في الباب أن يُقال: الشَّرطُ فاسدٌ))(٤).

[١] قولُه: (مبنيٌّ على تفسيرِها) يعني: أنَّ مَن فسَّرَها بالتَّمليك في الحال، واشتراط الرَّدِّ في المآل: يُجوِّزُها قطعًا كالثَّاني، بناءً على أنَّ الهبةَ لا تبطلُ بالشَّرط الفاسدِ وإن بطل الشَّرط، ومَن فسَّرَها بالتَّمليك المضافِ إلى الزَّمان المستقبل: لا يُجوِّزُها جزمًا؛ كالأعظمِ والرَّبَّانيِّ، وإذا لم يكنْ بينَهم خلافٌ في الحقيقة واللَّفظُ صالحٌ للمعنَيَين: أمكنَ التَّوفيقُ بينَ الأخبار، كذا في «التَّبيين»(٥).

[٢] قولُه: (وصدَقتُهُ) أي: المصدَّق.

[٣] قولُه: (وهو الثَّوابُ) فصار كهبةٍ عُوِّضَ عنها، قيل عليه: إنَّ حصولَ الثَّوابِ في الآخرةِ فضلٌ منَ الله تعالى ليس بواجبٍ عندنا، خلافًا للمعتزلة، فلا يُقطَعُ(٦) بحصوله، ويُمكنُ أن يُقال: المرادُ به: حصولُ الوعدِ بالثَّواب.

---

(١) في (م١) و(م٢): «وصدَقتُهُ كهبته ولا...».

(٢) ينظر: (٤/ ٧٢٢).

(٣) أي: لا رجوع في الصَّدقة، وكذلك إذا تصدَّق على غنيٍّ استحسانًا. «عمدة الرعاية»: (٦/ ٤٩٩).

(٤) والهبة لا تبطل بالشُّروط الفاسدة، وأصل ذلك ما روي أنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز العُمرى، وأبطل شرط المعمِر، كذا في «الأكمليَّة»: (٩/ ٥٣) (مِنهُ).

(٥) «تبيين الحقائق»: (٥/ ١٠٤).

(٦) في (ح٢): «فلا يقع».

فهرس الموضوعات

كتابُ البيع

كتابُ القضاء

كتابُ الشَّهادةِ والرُّجوعِ عنها

كتابُ الوَكالة

كتابُ الدَّعوى

كتابُ الإقرار

كتابُ الصُّلح

كتابُ المُضارَبة

كتابُ الوَديعة

كتابُ العاريَة

كتابُ الهِبة